

La parábola de la responsabilidad civil^(*)(**)

Francesco Donato Busnelli

Profesor Ordinario de la Scuola Superiore di Studi Universitari e Perfezionamento "Sant'Anna" de Pisa.

1 Una parábola como representación fantástica y sintética de cuarenta años de estudios italianos sobre la responsabilidad civil...

La responsabilidad es tal vez la institución que en mayor medida ha atraído la atención, y suscitado las fatigas, de los civilistas italianos en las últimas décadas. Del mismo modo, ha estimulado la fantasía de nuestros estudiosos, si se tienen en cuenta los indistintos planteamientos y profecías sobre el "triumfo", el "eclipse", el "ocaso" y hasta la "muerte" de la responsabilidad civil⁽¹⁾. Por otro lado, en el esbozo de las etapas esenciales de su desarrollo se ha recurrido a la figura de la "paradoja", o se ha concebido "una suerte de comedia"⁽²⁾.

Como ha anotado algún autor⁽³⁾, las metáforas le sientan bien a la responsabilidad. Espero, entonces, que

se me permita hacer otro tanto, y para ello propongo imaginar una parábola: la "parábola" de la responsabilidad civil.

Una corriente de agua, alimentada por un antiguo manantial, atraviesa un extenso territorio, y condiciona su explotación económica. Al pasarse de una economía agrícola de sustento a un desarrollo industrial cada vez más intenso, el flujo de agua termina siendo insuficiente. Ello hace que los expertos recurran a su ingenio para construir diques, canales y otros aparejos que permitan utilizar y distribuir mejor el escaso líquido disponible. De improviso, sin embargo, la corriente se desborda, a causa de la confluencia de una serie de arroyuelos fangosos provenientes de nuevos manantiales. En tal situación, los expertos son llamados, una vez más, para idear un mecanismo de contención de las aguas capaz de eliminar los riesgos de desbordamientos y aluviones.

Esta sería la metáfora.

(*) Título original: *La parabola della responsabilità civile*. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*, año VI, núm. 4, Nápoles, 1988. pp. 643 y ss. Traducción, autorizada por el autor, de Leysser L. León. Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Becario de la "Banca d'Italia" en la Sección de Derecho Privado del Departamento "G.L.M. Casaregi" de la Universidad de Génova.

Se agradece la gentil colaboración de Serafina Funaro en la realización de esta traducción.

(**) Nota del traductor: El ensayo que se traduce constituye uno de los estudios más importantes y, por qué no anotarlos, revolucionarios que se haya escrito en la historia de la doctrina italiana de la responsabilidad civil. Con *Il paradosso della responsabilità civile* de Cesare SALVI (1983), y la *Commedia della responsabilità civile* de Francesco GALGANO (1987), conforma una tríada de lectura imprescindible para el seguimiento de la legislación y jurisprudencia posteriores, así como de todos los estudios sucesivos. Hay que tener presente que los tratados dedicados a la materia, el de Massimo FRANZONI para el *Commentario Scialoja-Branca*, ahora al cuidado de Francesco GALGANO (1993), el de Massimo BIANCA (para su tratado *Diritto civile*, vol. 5, 1994), el *Trattato breve della responsabilità civile* de Giovanna VISINTINI (1a. ed., 1996), el volumen de Pier Giuseppe MONATERI, para el *Trattato di diritto civile* de Rodolfo SACCO (1998), y el de Guido ALPA (para su propio *Trattato di diritto civile*. Vol. IV, 1999) son posteriores a este escrito, y se alimentan, directamente o indirectamente de las críticas contenidas en él.

Se ha introducido en el texto otras notas del traductor, en lo sucesivo señaladas con letras del alfabeto, a fin de realizar ciertas aclaraciones que podrían ser útiles al lector peruano.

(1) Véanse, por todos: G. ALPA, y M. BESSONE. *La responsabilità civile. Illecito per colpa. Rischio d'impresa. Assicurazione*. Milán, 1976. p. 482; y de los mismos autores, *I fatti illeciti*. En: *Trattato di diritto privato*. Dirigido por P. RESCIGNO. Tomo XIV. Turín, 1982. p. 86. En el *common law*, véanse, por ejemplo: J. O'CONNELL. *The Interlocking Death and Rebirth of Contract and Tort*. En: *75 Michigan Law Review*, 1977. pp. 674 y ss.; J. FLEMING. *C'è un futuro per i torts?* En: *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1984. pp. 273 y ss.; G. L. PRIEST. *Puzzles of the Tort Crisis*. En: *48 Ohio State Law Journal*, 1987. pp. 497 y ss.

(2) La referencia, respectivamente, es a los ensayos de C. SALVI. *Il paradosso della responsabilità civile*. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1983. pp. 123 y ss., y F. GALGANO. *La commedia della responsabilità civile*, con el cual se concluyó un debate sobre el tema *Quale futuro per la responsabilità civile?*, al que se dedicó el fascículo 1 de la *Rivista Critica di Diritto Privato* de 1987.

(3) F. GALGANO. *La commedia* p. 191.

La corriente de agua representaría la evolución de la responsabilidad civil; el territorio que ella atraviesa corresponde al área del Derecho Privado.

El manantial es alpino, y se ubica entre los límites de Francia e Italia: es francés el núcleo central de la regla general que pasó, primero, del artículo 1382 *Code Napoléon* al artículo 1151 del Código Civil italiano de 1865, y luego al artículo 2043 del Código Civil de 1942; es italiana -y fruto de una innovación de nuestro Código vigente- la mención de la “injusticia” del daño en la regla general, así como la dación de nuevas reglas especiales (artículos 2050 y 2054), junto con las normas tradicionales (artículos 2048, 2049, 2051, 2052 y 2053) que ya formaban parte del régimen legal napoleónico.

La congregación de expertos que se concentra en aquellas obras de “ingeniería social” -digámoslo así- representa la doctrina italiana de los años sesenta y setenta, empeñada en trazar nuevas fronteras de la responsabilidad civil que hicieran frente a una sociedad en veloz transformación (el paso de la economía agrícola a la producción industrial puede dejarse *sic et simpliciter* al margen de la metáfora).

La referencia a los nuevos manantiales alude a las decisiones con las cuales, pasada la primera mitad de la década del ochenta, el legislador italiano y la Corte Constitucional interrumpieron súbitamente su prolongado silencio en el sector que nos interesa. Tengo presente, en particular, la ley relativa a las “normas en materia de daño ambiental” (Ley No. 349 del 8 de julio de 1986), la ley sobre la “responsabilidad civil de los jueces” (Ley No. 117 del 13 de abril de 1988), el D.P.R. No. 224 del 24 de mayo de 1988, para la aplicación de la Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre la “responsabilidad por daños causados por productos defectuosos”, y en lo atinente a la Corte Constitucional, la sentencia No. 184 de 1986, sobre el daño a la salud, así como las sentencias No. 560, 561 y 641 de 1987, relativas, respectivamente, al resarcimiento de las víctimas de los accidentes de tránsito mediante el Fondo de garantía, al régimen de pensiones para las víctimas de guerra, y al daño ambiental.

La imagen, quizá poco elaborada, de los arroyuelos fangosos pretende brindar una idea de las fórmulas confusas y/o irregulares que se detectan, por ejemplo, en el artículo 18 de la ley sobre el daño ambiental, o en el artículo 8 de la ley sobre la responsabilidad civil de los jueces, y asimismo, en todos los fundamentos de las sentencias de la Corte Constitucional que hemos mencionado.

La obra de contención -a la que ya se ha dado inicio, por lo demás-, indica el nuevo compromiso de la doctrina civilista: una labor de replanteamiento y racionalización del caótico proceso legislativo y jurisprudencial de expansión de la responsabilidad civil, que hoy por hoy ha alcanzado un nivel crítico⁽⁴⁾.

2 ... y como representación gráfica para analizar su itinerario.

El significado de la parábola expuesta también puede representarse gráficamente, bajo la forma de una trayectoria parabólica, cuyo vértice señalaría el momento actual.

Si se mira en retrospectiva, es fácil establecer el punto de inicio de la parábola. Menos sencillo es delinear su fase ascendente, si se busca sintetizar los rasgos más significativos de cuarenta años de doctrina. También es difícil pronunciarse sobre el momento presente, para lo cual hay que analizar los nuevos aspectos de interacción entre la ley, los jueces y los juristas, en los que es posible apreciar cómo se ha llegado a un nivel máximo -y acaso exorbitante, en la actualidad- de expansión de la responsabilidad civil. Y es arduo, si no imposible, en fin, efectuar predicciones sobre lo que se anuncia, quizá, como la fase descendente de la parábola: una vez más, “la parábola”⁽⁵⁾ de la responsabilidad civil.

Al recorrer esta trayectoria, mediante una exposición necesariamente esquemática, trataré de que mi atención gradúe su profundidad de acuerdo con el progresivo crecimiento de las dificultades.

(4) Esta apreciación no tiene nada de novedosa, y tampoco es peculiar de la doctrina italiana. En efecto, véanse, por un lado, S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1984, pp. 596 y ss. (donde se habla de una “institución que desde hace tiempo estaba abandonando su vieja piel”); y por otro lado, G. L. PRIEST, *Satisfying the multiple goals of tort law*. En: *22 Valparaiso University Law Review*, 1988, pp. 643 y ss. (donde se constata “the tremendous expansion of tort liability since the mid-1960 s.”). Es verdad, a fin de cuentas, que “le spectaculaire développement de la responsabilité civile [...] ne signifie pas que l'on doive se résigner au désordre” (Y. FLOUR, *Faute e responsabilité civile: déclin ou renaissance?*. En: *Droits*, 1987, pp. 40 y ss. Este último ensayo va inserto en un fascículo (el número 5) dedicado al tema *Fin de la faute?*).

(5) Sobre estos dos vocablos, ambos derivados del griego *παράβολή*, véanse las relativas voces en el *Grande dizionario enciclopedico*. Tercera edición. Turín: UTET, 1970, p. 111 y ss. El elemento unificante es el concepto -físico o metafórico- de “trayectoria” derivado del verbo *παράβλλειν* (literalmente “lanzar hacia adelante”). Cfr. E. LEVI, *Vocabolario etimologico della lingua italiana*. Livorno, 1914, p. 214.

3 El punto de inicio de la parábola.

El punto de inicio de la parábola tiene una fecha bien precisa. Es el año de 1946, cuando un volumen dedicado a la “teoría general de la responsabilidad civil” puso punto final al dilatado letargo de la doctrina. En la introducción de esta obra, su autor denunciaba, con justa razón, “la escasez y la longeva edad de las obras italianas” dedicadas al tema⁽⁶⁾.

Aquel volumen, que tenía como loable propósito permitir a “teóricos y prácticos” una “mejor orientación en el arduo campo de la responsabilidad civil”⁽⁷⁾, obtuvo con rapidez un notable éxito entre los prácticos, y sirvió de inspiración a una jurisprudencia que durante dos décadas, por lo menos, hubo de permanecer fiel a sus enseñanzas. En cambio, no logró suscitar la atención de la doctrina con igual prontitud a tal punto que el mismo autor, diez años después, al volver a ocuparse de la institución en el marco de un comentario de los artículos 2043 y siguientes del Código Civil, no pudo hacer menos que comprobar que el tema de la responsabilidad extracontractual, continuaba siendo “poco tratado” en Italia⁽⁸⁾.

4 Los primeros estudios a fondo de la doctrina italiana.

En el quinquenio inmediatamente posterior, ni más ni menos, tuvo lugar un imprevisto florecimiento de estudios, cuyos autores sometían a cuidadoso análisis los distintos componentes de la “*fattispecie* de la responsabilidad”, configurada en el artículo 2043 del Código Civil, y volvían a discutir sobre la naturaleza y función de la misma.

Mientras una “decidida patrulla de la doctrina civilista”⁽⁹⁾ cuestionaba desde distintos puntos de vista la “novedad” del requisito del “daño injusto” - inspirándose en la advertencia del gran Maestro de Messina⁽⁹⁾, acerca de la necesidad de considerar que “el problema hermenéutico más delicado en toda esta materia consiste en determinar el significado y el alcance de este adjetivo”-, un solitario estudioso retomaba los “problemas de la responsabilidad civil” -a los cuales había dedicado, hacia 1936, una breve monografía, que pasó bastante desapercibida- para estudiar más a fondo, y con un renovado discurso, el viejo problema de la culpa, con el convencimiento de que la determinación del modo de ser de la “culposidad” proviene de presupuestos “del todo distintos en los ‘delitos culposos’ y en el ‘hecho ilícito civil culposo’⁽¹⁰⁾”. Y al mismo tiempo, se estaba afirmando la exigencia de ir más allá de la tradicional noción de ilícito civil -entendido como infracción sancionable de un hipotético deber de *neminem laedere*- para arribar a un concepto amplio de responsabilidad civil, centrado en la “idea de la reacción frente al daño injusto”⁽¹¹⁾.

Estas primeras profundizaciones de la doctrina italiana, de la mano con una creciente atención atraída hacia las experiencias que iban madurando, contemporáneamente, en otros ordenamientos, sirvieron para dar un vigoroso empuje a la fase ascendente de la parábola de la responsabilidad civil: un empuje que prosigue, sin interrupciones destacables, hasta el momento actual, y ha dado lugar a una “relectura” de la regla general del artículo 2043 del Código Civil, a una reconsideración sobre sus relaciones con las normas especiales de los artículos 2049 a 2054 del Código Civil, y a una nueva evaluación de estas últimas normas,

(6) A. DE CUPIS. *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*. Milán, 1946. p. 2.

(7) “Un campo tan rico de problemas, mas tan escaso, al menos en Italia, de obras sistemáticas” (siempre en A. DE CUPIS. Loc. cit.).

(8) A. DE CUPIS. *Fatti illeciti*. Primera edición. En: *Commentario del codice civile* dirigido por A. SCIALOJA y G. BRANCA. Bolonia-Roma, 1957. p. 285, nota 3.

(9) Tomamos esta expresión de las *Considerazioni conclusive* de R. SCOGNAMIGLIO en *Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria*, al cuidado de M. COMPORI y G. SCALFI, Milán, 1988. p. 355. En este punto, la referencia específica es a las breves, pero fundamentales contribuciones de R. SACCO. *L'ingiustizia di cui all'articolo 2043*. En: *Il Foro Padano*, 1960. p. 1420 y ss., y de P. SCHLESINGER. *L' "ingiustizia" del danno nell'illecito civile*. en *Jus*, 1960, pp. 336 y ss. La advertencia citada es de Salvatore PUGLIATTI. *Vo: "Alterum non laedere"*. En: *Enciclopedia del diritto*. II. Milán, 1958. p. 103. (La traducción al castellano del citado estudio de Piero SCHLESINGER, a cargo del profesor Hugo FORNO FLÓREZ y de Leysser L. LEÓN HILARIO, forma parte del volumen *Estudios sobre la responsabilidad civil*, ARA, Lima, 2001. pp. 61 y ss.).

(a) Nota del traductor: Se refiere, naturalmente, a Salvatore PUGLIATTI (1903-1976), fundador de la “Escuela” de la Universidad de Messina, a la que pertenecen, entre otros, Rosario NICOLÒ, Ugo NATOLI y Angelo FALZEA.

(10) C. MAIORCA. *Colpa civile (teoria generale)*. En: *Enciclopedia del diritto*. VII. 1960. p. 591. También este amplio y minucioso estudio -así como la breve monografía (inacabada) de 1936, dedicada “a argumentos de confín con la ciencia del derecho penal” (C. MAIORCA. *Problemi della responsabilità civile*. I. Nápoles, 1936. *Premessa*)- no ha sido adecuadamente utilizada por la doctrina posterior. Coetánea, y también dedicada a un tema fronterizo entre ilícito civil e ilícito penal, es la monografía de Paolo FORCHIELLI. *Il rapporto de causalità nell'illecito civile*. Padua, 1960.

(11) R. SCOGNAMIGLIO. *Illecito (diritto vigente)*. En: *Novissimo Digesto Italiano*. VIII. Turín, 1962. p. 171.

siempre con miras a una progresiva ampliación del área de la responsabilidad civil.

5 La nueva dimensión reconocida al papel de la culpa.

En la “relectura” de la regla general del artículo 2043 del Código Civil se han venido registrando distintas tendencias de opinión, que si bien tienen en común la idea de que es inevitable superar la vieja máxima “no hay responsabilidad si no existe culpa”, se separan por su forma de plantear dicha superación, así como por las decisiones de fondo presupuestas en cada una de ellas⁽¹²⁾.

La primera tendencia se caracteriza por implicar una decisión de racionalidad económica, centrada en la propuesta de configurar un “sistema autónomo de responsabilidad objetiva” en el ordenamiento italiano, al margen del artículo 2043 del Código Civil (que estaría destinado a regular, con el criterio de la culpa, sólo las “actividades biológicas”), cuya función estaría vinculada “con la teoría económica de la distribución de costos y beneficios”, y cuyo ámbito de operatividad se extendería a todas las actividades económicas, y principalmente, a las actividades empresariales⁽¹³⁾.

Por una decisión de solidaridad social, en cambio, la segunda tendencia se ve inducida a efectuar una apertura de la misma regla -la del artículo 2043 del Código Civil- con respecto a criterios de responsabilidad objetiva (deducidos de las normas especiales: relación de dependencia, ejercicio de actividades peligrosas, etcétera), que son ubicados en el mismo plano que la culpa, la cual no desempeñaría “un papel particular en el sistema de la responsabilidad civil⁽¹⁴⁾”.

A una propensión tan marcada y generalizadora hacia la “objetivación” de la responsabilidad civil se ha sumado, posteriormente, un intento directo de conciliar el reconocimiento de la existencia de hipótesis de responsabilidad objetiva -siempre limitadas, por lo

demás, a sectores previamente tipificados por el legislador (en el Código Civil o en leyes especiales)- con la atribución (o restitución) al artículo 2043 del Código Civil del papel de única regla general de responsabilidad subjetiva, válida como criterio general de imputación para todos los daños injustos derivados de hechos no regulados en una *fattispecie* legal típica de responsabilidad⁽¹⁵⁾.

Y en el marco de esta última tendencia, ha tenido lugar una defensa de la regla general de responsabilidad subjetiva como “criterio heredero de su propia época”, en el ámbito de los hechos ilícitos dolosos (extendido a figuras como la mala fe, la reticencia, el fraude, etcétera), en el intento de conjugar un ensanchamiento del área de la responsabilidad (producido por la erosión de intolerables limbos de inmunidad) con una revaloración de la función preventivo-punitiva de la responsabilidad civil⁽¹⁶⁾.

6 La redefinición de la injusticia del daño.

En la “relectura” de la regla general del artículo 2043 del Código Civil, la nueva dimensión reconocida al papel de la culpa se ha reflejado en una redefinición de la injusticia del daño, iniciada con los primeros estudios a fondo de la doctrina, que al enlazar la injusticia directamente con el daño (y ya no con el hecho dañoso), logró repudiar la concepción del artículo 2043 del Código Civil como norma sancionatoria (donde el hecho es injusto si infringe, y porque infringe, “el pretendido deber general del *neminem laedere* ..., *deus ex machina* de la doctrina imperativista⁽¹⁷⁾”), y legitimar una interpretación más elástica de este artículo, que lo configura como una norma primaria, comprensiva de una *fattispecie* de responsabilidad de estructura autónoma, si bien funcionalmente vinculada, con el sistema normativo (globalmente considerado); y todo ello con el fin de determinar, en concreto, la existencia de la injusticia del daño.

(12) Para un análisis “ideológico” de las principales tendencias de pensamiento, ver: P. BARCELLONA. *Formazione e sviluppo del diritto privato moderno*. Nápoles, 1987. pp. 392 y ss., 433 y ss.; y en el marco de una comparación con la doctrina estadounidense, G. PONZANELLI. *Diritto privato, diritto pubblico, diritto misto nella responsabilità civile nordamericana negli anni '80*. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*. Año VI, No. 2. pp. 289 y ss.

(13) Tal es la propuesta de Pietro TRIMARCHI. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milán, 1961. pp. 1 y ss., 34 y ss., 43 y ss.

(14) Tal es la tesis propugnada por S. RODOTÀ. *Il problema della responsabilità civile*. Milán, 1964. pp. 89 y ss., 107 y ss., 176 y ss.

(15) F. D. BUSNELLI. *Nuove frontiere della responsabilità civile*. En: *Jus*, 1976. pp. 62 y ss., 69 y ss.; F. D. BUSNELLI. *Premessa* a las actas del seminario sobre *Il ruolo de la colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile*, celebrado en Pisa el 11 de marzo de 1977 y publicadas en *Responsabilità Civile e Previdenza*. 1977. pp. 669 y ss.

(16) P. CENDON. *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*. Turín, 1976. pp. 21 y ss., 150 y ss., 242 y ss.

(17) La expresión es de C. MAIORCA. *Colpa civile*..., p. 541: “(e)xiste, por tanto, todo motivo -observa G. CIAN. *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*. Padua, 1966. p. 142- para tratar de interpretar el artículo en cuestión como una norma primaria”.

Este es otro punto en el que se detectan elementos comunes y factores de distinción entre las distintas corrientes de opinión desarrolladas hasta el momento.

Lo común ha sido el impulso hacia una progresiva expansión del área de los daños resarcibles, que por algún tiempo sólo estuvo circunscrita a los hechos lesivos de derechos subjetivos absolutos, que la doctrina tradicional identificaba, a su vez, en los derechos reales y en los llamados “derechos de la personalidad” tipificados en el Código Civil o deducibles del Código Penal (derecho a la integridad física, derecho al nombre, derecho al honor, etcétera). Al respecto, un viraje particularmente significativo tuvo lugar cuando, luego de un amplio debate doctrinal, que culminó en un flagrante *revirement* de la Corte de Casación, se llegó a “surcar el cabo del derecho absoluto⁽¹⁸⁾”.

La diversidad de las tendencias sale a la luz cuando se comienzan a formular hipótesis sobre la necesidad de pasar del “plano de los derechos” al “plano de los intereses⁽¹⁹⁾”; y los factores distintivos se refieren, una vez más, a las diferentes decisiones de fondo.

Así pues, la opción por la solidaridad social se ha plasmado en la referencia al “límite de la solidaridad”, que constituye el fundamento del deber previsto en el artículo 2 de la Constitución^(b), y en la puntualización de que “no es concebible una infracción del principio de solidaridad separada de la lesión de la situación jurídica a la cual se refiere tal principio en el caso específico⁽²⁰⁾”. La conclusión de que “se debe hablar de un hecho dañoso injusto todas las veces que se presente la lesión de una situación jurídica relevante⁽²¹⁾”, ha sido considerada, posteriormente, como una admisión implícita -y contradictoria, para quien afirma “la

existencia de una cláusula general de responsabilidad”- de la “tipicidad de los hechos ilícitos⁽²²⁾”. Ello ha sido apreciado con favor por quien teme el advenimiento de un juez “señor absoluto en la construcción de la *fattispecie* de responsabilidad⁽²³⁾”; y con soterrado embarazo, en cambio, por quien resalta “la función que cumple la jurisprudencia en la definición de las recíprocas esferas de actividad de los particulares⁽²⁴⁾”.

La importancia de esta función predomina en la corriente de opinión que toma partido por decisiones de racionalidad económica y social, y tiende a resolver el problema de la injusticia del daño en una cuestión de “valoración comparativa de los intereses en conflicto”; esta valoración, cuando no sea previamente realizada por el legislador mediante “la regulación de tipos especiales de hechos ilícitos”, correría por cuenta del juez (y más en general, del intérprete), el cual podrá, a menudo, “inducir del conjunto de las leyes los criterios económicos y sociales a los que debe atenerse”; y nada de ello obsta para admitir que “el criterio sobre cuya base son comparados los intereses en juego es un criterio de utilidad pública⁽²⁵⁾”.

Una análoga configuración “relacional” de la injusticia del daño, pero acompañada de un claro rechazo a los criterios económicos y a los planteamientos funcionalistas cuando están en discusión los derechos inviolables del hombre -a los que se refiere el artículo 2 de la Constitución (interpretado según una “lectura abierta”)- se detecta en las corrientes de pensamiento que, motivadas por una firme opción individualista, buscan que la protección de tales derechos se mantenga al margen de criterios de oportunidad o de moral social corriente, y que sea

(18) La sugestiva imagen es de Giuseppe BRANCA. *Morte di chi convive* “more uxorio” e risarcimento. En: *Foro Italiano*, IV, 1970, 144. El *revirement* jurisprudencial se debe a las Salas Reunidas de la Corte de Casación, Sentencia No. 174 del 26 de enero de 1971. En: *Il Foro Italiano*, I, 1971, c. 342 y ss. Para el debate doctrinal precedente véase: A. FEDELE. *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*. Milán, 1954 (quien propone una solución negativa del problema) y F. D. BUSNELLI. *La lesione del credito da parte di terzi*. Milán, 1964 (donde se trata de demostrar, en cambio, la relevancia jurídica de dicha lesión, con una propuesta de admisibilidad de una superación de la tradicional distinción entre derechos absolutos y derechos relativos en materia de responsabilidad civil). (“*Revirement*” [en francés en el original], está para indicar un cambio brusco de posición).

(19) La hipótesis es formulada bajo la especie de la “necesidad de protección”, por parte de Guido ALPA. *Il problema della atipicità dell'illecito*. Nápoles, 1979, p. 256.

(b) Nota del traductor: Constitución de la República Italiana (1948): “Artículo 2. La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea de como individuo o en las agrupaciones sociales en las que desenvuelve su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social”.

(20) S. RODOTÀ. *Il problema...*, pp. 114 y ss.

(21) S. RODOTÀ. *Il problema...*, p. 139.

(22) El destaque es explícito en C. CASTRONOVO. *Problema e sistema nel danno da prodotti*. Milán, 1979, pp. 109 y ss.; más matizado en G. ALPA. *Il problema...*, p. 255.

(23) C. CASTRONOVO. *Problema e sistema...*, pp. 92 y ss. Pero, con anterioridad, por G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza...*, p. 154 (“también quien se mueve en la esfera del derecho privado debe contar con una *magna charta libertatum* propia”).

(24) G. TUCCI. *Il danno ingiusto*. Nápoles, 1970, pp. 36 y ss., 38 y ss.

(25) P. TRIMARCHI. *Illecito (diritto privato)*. En: *Enciclopedia del diritto*. XX, Milán, 1970, pp. 98 y ss. “Aquí, más que en otro lugar -esta es la conclusión- las valoraciones del intérprete cumplen una importante función”.

confiada a “criterios más subjetivos, determinados, en gran medida por la misma persona titular del derecho”, con lo cual se revaloran “formas de reacción en las que prima el propósito punitivo”, y que son incorporadas “a un marco sancionatorio, esencialmente civilista⁽²⁶⁾”.

Finalmente, la opción por una más detallada “coordinación de los principios expresados en la Carta Constitucional” induce a plantear un criterio de utilidad pública que no se resuelva totalmente en un criterio de “economía”, sino que constituya, al mismo tiempo, un principio de protección prioritaria de los derechos fundamentales, que no evite la aplicación del criterio de “razonabilidad” perfeccionado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁽²⁷⁾.

7 La doble metamorfosis del daño.

La “relectura” de la regla general del artículo 2043 del Código Civil ha tenido que considerar, en fin, lo que se podría definir como una doble metamorfosis del daño. Esta se sintetiza en la inversión de la relación entre daño al patrimonio (entendido como “suma de propiedades”) y daño a la persona, y en cuanto a este último, en el desplazamiento del “eje” correspondiente, que pasa de un daño medido sobre la base de la ganancia a un daño ligado con el “valor-ser humano” en su concreta dimensión⁽²⁸⁾.

La doble metamorfosis del daño ha reavivado, a su vez, la discusión sobre este concepto, que parecía culminada con la superación definitiva de la concepción “real” (o “naturalista”) del daño (*aestimatio rei*) por obra de una concepción “patrimonial” (*quantum interest*)⁽²⁹⁾. En Italia, la discusión fue condicionada, igualmente,

por la *vexata quaestio* de los límites impuestos a la resarcibilidad de los daños no patrimoniales, por obra del artículo 2059 del Código Civil.

Una opción por la solidaridad social frente a las víctimas de daños a la persona, que son cada vez más frecuentes y más graves, de la mano con una invención técnica destinada a superar los obstáculos del artículo 2059 del Código Civil, ha favorecido el sorprendente paso hacia una modernizada concepción “real” del daño, entendido como “supresión de un bien de la realidad social”, y en el caso del daño a la persona, como “alteración de la integridad psicofísica de la persona, o de otras de sus cualidades y aptitudes”⁽³⁰⁾. Este último daño -también denominado “daño personal”⁽³¹⁾- quedaría excluido de la distinción -que no se considera esencial para efectos de la interpretación del artículo 2043 del Código Civil- entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales, y sería resarcible, desde luego, *ex* artículo 2043 del Código Civil, por la simple razón de que se trata de un daño injusto que es susceptible de una valoración objetiva con arreglo al valor “suficientemente objetivado” de los bienes de la persona “que, en otras épocas y ambientes, parecían ser intraducibles en términos pecuniarios (por la distinta apreciación que merecían aquellos bienes)⁽³²⁾”.

No muy disímil, aunque más directamente inspirada en una decisión de protección incondicional de los derechos fundamentales del individuo “incluso en ausencia de un perjuicio efectivo⁽³³⁾”, es la tendencia de pensamiento que repropone, desde una renovada perspectiva de identificación de los ámbitos del daño y del hecho ilícito⁽³⁴⁾, la fórmula “carneluttiana” del daño como “lesión de un interés”: una fórmula que su creador concibió para protegerse de una concepción tipificante

(26) Así se expresa V. ZENO-ZENCOVICH. *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*. Nápoles, 1985. pp. 91 y ss., 262, 297 y ss., 320. Similares tendencias de pensamiento convergen en la configuración de un “derecho a la identidad personal” encaminado “a garantizar la fiel y compleja representación de la personalidad individual del sujeto en el ámbito de la comunidad general y particular”: Cfr. Casación del 22 de junio de 1985. No. 3769. En: *Responsabilità civile e Previdenza*. 1985. pp. 578 y ss.; y para el debate doctrinal precedente: *Il diritto alla identità personale. Un Seminario promosso dal Centro di Iniziativa Giuridica “P. Calamandrei” e dal Centro Studi e Documentazione Giuridica*, al cuidado de G. ALPA, M. BESSONE y L. BONESCHI. Padua, 1981. Véanse, asimismo, los autores citados *infra*, 16.

(27) Así lo señala G. ALPA. *Il problema...*, pp. 261 y ss.

(28) Para una información adicional ver: F. D. BUSNELL. *Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona*. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*. 1987. pp. 27 y ss.

(29) Cfr. P. TRIMARCHI. *Causalità e danno*. Milán, 1967. p. 169.

(30) Tal es la concepción formulada por R. SCOGNAMIGLIO. *Appunti sulla nozione di danno*. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1969. pp. 476 y ss.

(31) Véase, en tal sentido, M. LIBERTINI. *Le nuove frontiere del danno risarcibile*. En: *Contratto e Impresa*. 1987. pp. 104 y ss.

(32) Así se expresa R. SCOGNAMIGLIO. *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*. En: *Rivista di Diritto Civile*. I. 1957. pp. 287 y ss. Y para un nuevo y reciente planteamiento: M. PARADISO. *Il danno alla persona*. Milán, 1981. pp. 81 y ss.

(33) Así lo señala G. VISINTINI. *I fatti illeciti. I. Ingiustizia del danno. Imputabilità*. Padua, 1987. p. XIX.

(34) Sobre las sucesivas etapas de esta tendencia a la identificación, v. P. CENDON. *Il dolo...*, pp. 387 y ss., nota 68. Decididamente crítico, al respecto, es R. SACCO. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*. Turín, 1959. p. 184, nota 9: “(e)l análisis del resarcimiento del daño se ha vuelto más arduo desde que autorizados doctrinarios han intentado justificar la confusión entre lesión del derecho y empobrecimiento, con un resumen de los dos fenómenos en la genérica categoría del daño”.

y sancionatoria de los hechos ilícitos⁽³⁵⁾, y que hoy, por una singular heterogénesis de los fines, es considerada más bien como “una decisión obligada, si se quiere (...) configurar como autónoma la categoría conceptual del hecho ilícito⁽³⁶⁾”.

Si las tendencias vistas hasta este punto se orientan hacia el reconocimiento de una nueva dimensión (o hacia una superación) de la característica de la patrimonialidad del daño, para adaptar la regla general del artículo 2043 del Código Civil a las exigencias resarcitorias evidenciadas por la doble metamorfosis del daño, con una restricción del alcance de la previsión tipificadora del artículo 2059 del Código Civil sólo a la categoría de los daños morales subjetivos (cuya reparación asume, por consiguiente, una función genuinamente preventivo-punitiva), otra tendencia de opinión apunta a obtener análogos resultados, encaminándose, por el contrario, hacia una ampliación de la característica de la patrimonialidad del daño: un rasgo que conforme a una revisión de la vieja concepción “patrimonial”, anclada en los anacrónicos dictámenes de la llamada *differenz Theorie*, se derivaría hoy, ya “no de la determinación contable de un saldo negativo en la ‘situación patrimonial’ de la víctima, sino de la idoneidad del hecho lesivo, según una valoración social típica, para determinar, en concreto, una disminución de los valores y de las utilidades económicas de las que puede disponer el damnificado⁽³⁷⁾”. Partiendo de una renovada concepción “patrimonial” del daño, y teniendo en cuenta la crisis del mercado como sede exclusiva de medición de los valores económicos⁽³⁸⁾, se ha llegado a asimilar a esta amplia categoría de daños patrimoniales la más importante y difundida figura de los daños a la persona, es decir, el daño a la salud⁽³⁹⁾. No parece, empero, que la misma conclusión se pueda proponer cabalmente para la infracción de otros derechos fundamentales del individuo (honor, reputación, intimidad, identidad

personal), porque con respecto a ellos es verosímil que “una condena pecuniaria resultaría insuficiente o incongruente, como remedio para el interés lesionado⁽⁴⁰⁾”, proponiéndose a lo sumo, y *de iure condendo*, un problema de expansión de los confines del resarcimiento del daño moral subjetivo -preeminente, en casos del género- más allá de los límites actualmente previstos por el artículo 2059 del Código Civil.

En cambio, ha dado la impresión de que una perspectiva similar *de iure condendo* -o la eventual abrogación del artículo 2059 del Código Civil, al límite- fuera la única vía correcta a seguir para lograr el objetivo de una resarcibilidad general de los daños a la persona, de acuerdo con aquel bando de la doctrina -hasta hoy consistente- que partiendo de lo ineluctable de una *summa divisio* del daño en “patrimonial o no patrimonial, en atención a si tiene por objeto un interés privado patrimonial o no patrimonial⁽⁴¹⁾”, confirma que “el valor de intercambio, determinado por el mercado, continuaría constituyendo la característica básica de la patrimonialidad⁽⁴²⁾”.

8 El proceso de valorización de las reglas especiales de responsabilidad civil.

La “relectura” en sentido expansivo de la regla general del artículo 2043 del Código Civil se corresponde con un proceso de valorización de las reglas especiales de responsabilidad civil (artículos 2049 a 2054 del Código Civil), que con el tiempo se ha venido articulando en dos fases: la primera de ellas ha visto comprometida a la doctrina de los años sesenta en la configuración de una regla general de responsabilidad objetiva (deducible de las antedichas reglas especiales, o de algunas de ellas) que deben sumarse a la regla general de la responsabilidad por culpa en el marco de un “sistema de doble vía”; la segunda fase ha registrado

(35) F. CARNELUTTI. *Il danno e il reato*. Padua, 1926. pp. 17, 62.

(36) Véase, asimismo, G. VISINTINI. *I fatti illeciti*. Op. cit.; pp. XIX y ss.

(37) Véase, sobre todo, C. SALVI. *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*. Nápoles, 1985. pp. 83 y ss., 119.

(38) P. G. MONATERI. *La valutazione dei costi sopportati dal soggetto lesa*. En: P. G. MONATERI y A. BELLERO. *Il “quantum” nel danno a persona*. Milán, 1984. p. 28; C. SALVI. *Il danno extracontrattuale*. Op. cit.; pp. 101, 286.

(39) F. D. BUSNELLI. *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*. En: *Tutela della salute e diritto privato*, al cuidado de F. D. BUSNELLI y U. BRECCIA. Milán, 1978. pp. 537 y ss.; F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno alla salute*. Nápoles, 1983. pp. 114 y ss. Pero véase la cerrada crítica de C. CASTRONOVO. “*Danno biologico*” senza miti. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*, 1988. pp. 31 y ss.

(40) M. LIBERTINI. *Le nuove frontiere...*, p. 104.

(41) Para este criterio tradicional de distinción ver A. DE CUPIS. *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*. 3a. edición. Milán, 1979. p. 59.

(42) Así lo sostiene G. BONILINI. *Il danno non patrimoniale*. Milán, 1983. p. 65. En el mismo sentido, ver G. SCALFI. *Problemi assicurativi e questioni non risolte sulla assicurazione obbligatoria della responsabilità civile*. En: *Responsabilità Civile e Previdenza*. 1986. p. 122; U. CARNEVALI, *Relazione di sintesi*, expuesta en el congreso *Il danno alla persona nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, y publicada en *Responsabilità Civile e Previdenza*. 1987. p. 28.

el esfuerzo de la doctrina de los años setenta, presionada por la urgente exigencia de brindar una protección adecuada al consumidor frente a los daños causados por productos defectuosos, y de detectar en las reglas especiales de responsabilidad civil (o en algunas de ellas) una solución normativa, aunque sea provisoria, y de responsabilidad objetiva, para el problema de la responsabilidad del productor: un problema que por su peculiaridad está destinado a tener -como hasta ahora- una regulación normativa *ad hoc*.

El elemento común de las distintas tendencias de pensamiento, tanto en la primera cuanto en la segunda fase, ha sido el intento de liberar los artículos 2049 a 2054 del Código Civil de su tradicional configuración como normas excepcionales (con respecto a la regla general del artículo 2043 del Código Civil), para reinterpretarlas conforme a la responsabilidad objetiva.

Los factores de distinción se evidencian, sin embargo, no bien se comprueba que la afirmación de una responsabilidad objetiva jamás ha constituido un fin en sí misma, sino que ha sido entendida siempre como la expresión de decisiones de fondo, que han conducido a privilegiar, según cada tendencia, una función de racionalidad económica, o bien objetivos de solidaridad social.

Una decisión en el primer sentido identifica la fase más antigua, durante la ya recordada investigación encaminada a “determinar si en el ordenamiento italiano es aplicable un principio de responsabilidad objetiva para el riesgo de empresa⁽⁴³⁾”. Y la respuesta, positiva, se apoyaba en una audaz teoría destinada a congregar los artículos 2049 a 2054 del Código Civil, y a circunscribir, al mismo tiempo, su ámbito operativo a las actividades que son “fruto de una decisión económica, y que presenten un mínimo de continuidad y/o de organización⁽⁴⁴⁾”.

En el segundo sentido se orientaba, en cambio, la tendencia, bastante contemporánea, a inferir de una interpretación coordinada de los artículos 2050 a 2051

del Código Civil, un principio de responsabilidad objetiva por “exposición al peligro”. Aquí el objetivo era la “defensa de los terceros” frente al peligro derivado del ejercicio de actividades no necesariamente económicas. Y se añadía que es mayor el peligro “originado por un acto riesgoso aislado, acaso realizado por un inexperto, que el originado por una empresa que se sirva de maquinaria técnica adecuada y de personal especializado⁽⁴⁵⁾”.

Quien opta por una decisión de racionalidad económica se preocupa, sobre todo, de equilibrar la protección de los consumidores con las estrategias empresariales, y de delimitar las esferas de riesgo respectivas “según una combinación óptima desde el punto de vista de la eficiencia económica⁽⁴⁶⁾”. En esta línea de pensamiento, la responsabilidad del productor no se configura como una responsabilidad objetiva absoluta, nacida de una mera relación de causalidad, sino que está condicionada a la prueba de la existencia de un defecto, y se justifica sólo en relación con la “previsibilidad o tipicidad del daño, que permite una valoración estadística preventiva del mismo”, con la consiguiente exclusión de los llamados riesgos de desarrollo técnico; por lo tanto, ella postula una clasificación de los defectos de los productos en categorías, sometidas a un trato diversificado mediante el recurso, según cada caso, a una u otra norma (artículos 2043, 2049, 2050, 2051 del Código Civil)⁽⁴⁷⁾; igualmente distinta debería ser, al menos por tendencia, la posición de los consumidores con respecto a la de los meros *bystanders*⁽⁴⁸⁾.

En cambio, quien persigue, principalmente, un objetivo de *consumerism*, se preocupa, ante todo, “de maximizar las oportunidades de protección aquiliana del consumidor⁽⁴⁹⁾”; es inducido, al menos por tendencia, a expandir tales oportunidades a los *bystanders*⁽⁵⁰⁾; no considera el “defecto” (ni la prueba respectiva) como un elemento estrictamente necesario para establecer la responsabilidad del productor, ni que la previsibilidad

(43) Con esta enunciación de objetivo comienza la monografía de P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva...*, p. 1.

(44) P. TRIMARCHI. Op.cit.; p. 144.

(45) Esta es la tesis de M. COMPORI. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Nápoles, 1965. pp. 278 y ss.

(46) P. TRIMARCHI. *La responsabilità del fabbricante nel progetto di statuto dell'impresa*. En: *Quadrimestre*. 1985. p. 211. De aquí la crítica -dirigida contra los redactores de dicho proyecto- por haber descuidado “la esencia específica del problema de la responsabilidad del fabricante, que es distinta en comparación con la responsabilidad objetiva general”. *Ibid.*; p. 209.

(47) Para esta configuración, ver U. CARNEVALI. *La responsabilità del produttore*. Milán, 1974. pp. 218, 229, 237 y ss.

(48) Pero véase U. CARNEVALI. *La responsabilità del produttore...*, p. 346. quien opina que “la operatividad en favor de los sujetos en cuestión de los mismos criterios de responsabilidad (por culpa objetiva) que valen para los consumidores es perfectamente coherente con los fines económicos que tales criterios pretenden conseguir”.

(49) Para este tipo de “política interpretativa”, ver U. RUFFOLO. *La tutela individuale e collettiva del consumatore. I. Profili di tutela individuale*. Milán, 1979. pp. 46 y ss.

(50) G. ALPA. *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*. Milán, 1975. pp. 448 y ss.

Un riguroso reparto de papeles entre
la responsabilidad civil y otros
instrumentos de protección de los
intereses lesionados es importante
no sólo por elementales razones de
rigor conceptual, sino también para
no limitarnos a una perspectiva de
equivoca indistinción entre la
reacción contra el hecho ilícito
y la responsabilidad civil

del daño sea determinante para tal fin⁽⁵¹⁾; y, como quiera que sea, evita fragmentar los defectos para afirmar el principio de que “el conjunto de los riesgos ligados con el proceso productivo debe recaer en la empresa⁽⁵²⁾”. Y este principio se podría deducir, según piensan algunos, de una interpretación extensiva del artículo 2049 del Código Civil⁽⁵³⁾, o bien, como creen otros, de una aplicación analógica de la misma norma⁽⁵⁴⁾; otros, en fin, proponen un recurso alternativo o acumulativo, según los casos, a los artículos 2049 y 2051 del Código Civil⁽⁵⁵⁾.

La diversidad de las soluciones técnicas propuestas, así como la alternativa no resuelta entre la propuesta de “lecturas convincentes, pero bastante extensivas” de normas específicas como el artículo 2049 del Código Civil⁽⁵⁶⁾ y la ideación de “modelos tan detallados, que corren el riesgo de presentar graves dificultades de aplicación, aunque resulten coherentes en abstracto⁽⁵⁷⁾”, son los síntomas más evidentes de un esfuerzo doctrinal que es digno de aprecio por la audacia de las

argumentaciones conceptuales, pero que no está en condición de “convertir”, más allá de un cierto límite, las viejas reglas especiales de responsabilidad civil (vistosas herederas de su época) según las bien distintas exigencias económicas y sociales del momento actual.

9 El momento presente, es decir, el vértice de la parábola.

No es improbable que el momento actual señale el vértice de la parábola de la responsabilidad civil.

Un nivel máximo de expansión de sus confines se corresponde con una máxima multiplicidad de funciones y con el máximo grado de erosión de los elementos estructurales de la regla general de responsabilidad civil.

De ello resulta un cuadro que es al mismo tiempo prometedor y preocupante: es prometedor si se mira hacia el pasado y se verifica que las tradicionales limitaciones interpretativas y aplicativas de las normas sobre los hechos ilícitos se han disuelto, con lo cual la responsabilidad civil se ha transformado en una de las instituciones más dúctiles de todo el Derecho Privado; es preocupante si se piensa en el futuro, y si se consideran las posibles consecuencias del defecto de coherencia sistemática que hoy identifica esta institución, tanto en el plano funcional, cuanto en el plano estructural⁽⁵⁸⁾.

La verdad es que a estas alturas, la antigua coherencia sistemática, que se ha ido consumiendo cada vez más con el impiadoso correr del tiempo, ha quedado definitivamente disuelta; sin embargo, las ideas para una nueva coherencia sistemática aún no están maduras.

En efecto, en el momento actual se presencia el declive de fascinantes tendencias neosistemáticas, y el resultado distorsionador de ingeniosas propuestas interpretativas que buscan desarticular la regla general de la responsabilidad por culpa.

(51) C. CASTRONOVO. *Problema e sistema nel danno da prodotti...*, p. 734 y ss.: “(l)a idea de que el defect sea un elemento esencial para efectos de establecer la responsabilidad del productor es una historia totalmente inglesa-estadounidense, que no tiene nada que ver con los sistemas europeos continentales”. *Ibid.*; p. 735).

(52) Así lo señala G. ALPA. *Responsabilità dell'impresa...*, p. 395.

(53) También lo sostiene G. ALPA. *Op. cit.*; pp. 393 y ss.

(54) En esta línea de pensamiento ver C. CASTRONOVO. *Problema e sistema*. *Op. cit.*; pp. 770 y ss., 779.

(55) Para esta propuesta, ver U. RUFFOLO. *La tutela individuale e collettiva...*, pp. 134 y ss., 142.

(56) La expresión es de U. RUFFOLO. *Op. cit.*; p. 44.

(57) El destaque, formulado por G. ALPA. *Responsabilità dell'impresa...*, p. 387, está referido al modelo de solución propugnado por CARNEVALI. *La responsabilità del produttore*. *Op. cit.*

(58) La más reciente experiencia estadounidense es alarmante con respecto a ello. Según G. L. PRIEST. *Diagnosing the Liability Crisis*. En: *Yale Law School. Civil Liability Program*. No. 68, 1988. p. 24: “the liability crisis is particularly tragic. The tragedy is that the expansion of tort liability has not helped, but has drastically harmed, the poor and low-income who were by design its chief beneficiaries”.

Desde el primer punto de vista, la tendencia a reunir las distintas hipótesis normativas de responsabilidad objetiva en un principio general de responsabilidad por riesgo de empresa (a ser contrapuesta, en el marco de un sistema bipolar, a la regla, igualmente general, de la responsabilidad subjetiva) se ha revelado difícilmente compatible con la heterogeneidad institucional de las llamadas hipótesis normativas, y por otro lado, incapaz de realizar sin apriorismos o forzamientos una *reductio ad unum* de las distintas funciones que se pueden ligar con el instrumento técnico de la responsabilidad objetiva⁽⁵⁹⁾.

Además, dicha tendencia va transformándose lentamente, incluso por obra de sus propios defensores, en una configuración más realista de las relaciones entre el artículo 2043 del Código Civil (donde la previsión de una “cláusula general” se justifica por estar referida “a un campo en el que las reglas se han venido formando a través de los siglos”) y las normas subsiguientes, “en las que se prevén y regulan tipos particulares de actos ilícitos⁽⁶⁰⁾”. Pero la cosa no queda allí: es cada vez más claro que “los nuevos problemas se presentan gradualmente en sectores circunscritos”, de modo que una cláusula general sería “inadecuada y peligrosa para el objetivo” de su solución. Por lo tanto, la nueva propuesta, referida al problema de la responsabilidad por daños causados mediante productos defectuosos, es en el sentido de “una responsabilidad específica para la solución de un problema específico⁽⁶¹⁾”. Y en este sentido se ha orientado el legislador italiano al aplicar la Directiva comunitaria en materia⁽⁶²⁾.

Desde el segundo punto de vista, la persuasiva propuesta de desmembrar el cuerpo de la disposición general del artículo 2043 del Código Civil en dos ramas -una relativa “a la posición de una cláusula normativa general de responsabilidad”, y otra, que plantearía “el primero de los criterios de vinculación⁽⁶³⁾”, ha favorecido la progresiva desnaturalización de una regla general que ha sido privada de su eje imprescindible. Al quedar confiada, únicamente, al mínimo e insignificante común denominador de un “hecho dañoso

calificado sobre la base del requisito de la injusticia”, la regla general del artículo 2043 del Código Civil corre el riesgo de transformarse en una suerte de *tabula rasa*, susceptible de ser plegada por el intérprete para la realización de las funciones más dispares, y de ser tomada como modelo -un modelo cómodo, pero evanescente- por el legislador, para desarrollar operaciones distorsionadoras.

Y el riesgo se hace aun mayor si se suman a esta propuesta las iniciativas destinadas a erradicar el *quid pluris* (o el *quid alii*) que debería distinguir el daño (entendido, según el lenguaje común, como consecuencia perjudicial) de la lesión del interés y/o del evento natural eventualmente inserto en el hecho dañoso⁽⁶⁴⁾.

De ello derivaría, en efecto, la posibilidad de introducir en la regla general del artículo 2043 del Código Civil una ruptura del armónico equilibrio entre reparación y prevención, no sólo en el sentido de plantear como hipótesis la primera sin la segunda (para realizar, según el caso, funciones de eficiencia económica, o solidaristas, o incluso funciones publicísticas, como se verá), sino también en el sentido exactamente contrario (con lo cual la *fattispecie* de responsabilidad civil se transforma en un instrumento sancionatorio, con carácter exclusivamente preventivo-punitivo).

10 El trazo de tendencias de desarrollo deformado de la responsabilidad civil.

Este es el peligro de aluviones e desbordamientos a los que hacía referencia, metafóricamente, en la parábola inicial: aluviones e desbordamientos que se están haciendo realidad ante nuestros ojos, debido al impetuoso empuje de las decisiones de una Corte Constitucional que aspira a convertirse en paladín de una concepción “propia” de la responsabilidad civil, ciertamente innecesaria y acaso inoportuna, y de un legislador que se apropia de un modelo policéntrico y multifuncional de responsabilidad civil para perseguir

(59) No es casual que en la doctrina estadounidense se haya comenzado a plantear, si bien con términos aún confusos, una “*new judicial ideology of tort law: its core idea is that we need to cease thinking of tort law as the analytical unity that Holmes envisioned in The Common Law, and that we should instead begin to disaggregate it into a group of distinct orderings -specialized tort laws- that better reflect our predetermined policy goals*”. Cfr. P. H. SCHUCK. *The New Judicial Ideology of Tort Law*. En: Yale Law School. *Civil Liability Program*. No. 67, 1987. p. 33.

(60) P. TRIMARCHI. *La responsabilità del fabbricante nel progetto di statuto dell'impresa*. Op. cit.; p. 210.

(61) Siempre en P. TRIMARCHI. Op. cit.; p. 217.

(62) Véase infra, 17.3.

(63) Es la recordada propuesta de RODOTÀ. *Il problema della responsabilità civile*. Op. cit.; p. 116; y véase, 5.

(64) Véase retro, § 7, y en particular la nota 33. Nota del traductor: Aquí *quid pluris* y *quid alii* están por “lo que tiene de más”, o “lo que tiene de diverso” el daño con respecto a la lesión del interés y/o del evento natural inserto en el hecho dañoso.

objetivos que parecen ser extraños incluso a la concepción más amplia de dicha institución.

Se vienen perfilando, de esta manera, ciertas tendencias a un desarrollo deformado, que afectan tanto el plano estructural cuanto el aspecto funcional de la responsabilidad civil, y que se pueden clasificar, convencionalmente, como la tendencia que se apoya en el llamado “nuevo valor constitucional” del artículo 2043 del Código Civil; la tendencia a la indistinción entre función resarcitoria de la responsabilidad civil y función solidarista de la seguridad social; el empleo irregular de la maquinaria estructural del artículo 2043 del Código Civil para resolver problemas de derecho público; y el recurso al *nomen* de la responsabilidad civil para atribuir solemnidad formal a una responsabilidad sustancialmente disciplinaria.

11 La tendencia que se apoya en “el nuevo valor constitucional” del artículo 2043 del Código Civil.

El “nuevo valor constitucional” del artículo 2043 del Código Civil, según la definición adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia No. 641 de 1987, para sintetizar la concepción elaborada en la amplia y comprometida exposición de fundamentos de la precedente sentencia No. 184 de 1986⁽⁶⁵⁾, puede sistematizarse de la manera siguiente: el principio del *neminem laedere*, que la doctrina sugiere acantonar con la superación de la tradicional concepción sancionatoria de la responsabilidad civil, debería revivir y asumir “una nueva y distinta relevancia”, de modo que el hecho ilícito volvería a “consistir en la infracción de la norma⁽⁶⁶⁾”; pero la norma sería, desde las perspectivas de desarrollo de la responsabilidad civil, una norma constitucional (según los casos, el artículo 9, el artículo 32, o más en general, el artículo 2) con respecto a la

cual el artículo 2043 del Código Civil fungiría de norma secundaria; el daño se resolvería, en cuanto a su dimensión “naturalística”, en “el evento interno a la estructura del hecho lesivo”, y en cuanto a su dimensión jurídica (o mejor dicho, antijurídica), en la “infracción del derecho constitucionalmente declarado fundamental⁽⁶⁷⁾”.

Esta concepción constitucional de la responsabilidad civil -que se apoya, esencialmente en un retorno a la configuración sancionatoria del artículo 2043 del Código Civil y en la erradicación del daño como *quid pluris* (o *quid alii*) con respecto al evento natural y/o a la lesión de un interés- se presta, paradójicamente, a empleos radicalmente contrapuestos, aunque igualmente irregulares.

Por un lado, la afirmada posibilidad de atribuir un precio a valores individuales como el “bien jurídico-salud” o a valores colectivos como el “bien unitario-medio ambiente” parecería acreditar un modelo estandarizado de responsabilidad, que al margen de una valoración concreta del daño efectivamente padecido por la víctima del hecho lesivo, tendería a privilegiar criterios de uniformidad, en una óptica que desde una perspectiva solidarista transcurre sin interrupciones apreciables hacia el derecho público⁽⁶⁸⁾.

Por otro lado, el declarado propósito de “asimilar el ilícito civil (...) a los principios generales del ilícito jurídico⁽⁶⁹⁾”, reivindicando para la responsabilidad civil “tareas preventivas y sancionatorias⁽⁷⁰⁾”, parecería atribuir a la protección aquiliana el papel de protección mínima necesaria y constante de todos “los derechos e intereses que son declarados como fundamentales en la Constitución⁽⁷¹⁾”, en el marco de una concepción cada vez más marcadamente individualista de tales derechos e intereses, que ha pasado de la consideración del derecho a la salud, y de homología en homología, a la configuración de un “derecho del individuo a disponer

(65) Corte Constitucional. No. 184, 14 de julio de 1986. En: *Il Foro Italiano*. I. 1986. cc. 2053 y ss., con nota de G. PONZANELLI. *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*. Corte Constitucional. No. 641, 30 de diciembre de 1987. En: *Il Foro Italiano*. I. 1988. cc. 1057 y ss., también con nota de G. PONZANELLI. *Corte costituzionale e responsabilità civile: rilievi di un privatista*.

(66) Corte Constitucional. No. 641, 30 de diciembre de 1987.

(67) Corte Constitucional. No. 184, 14 de julio de 1986.

(68) Al medio ambiente “se le puede atribuir un precio”: así se afirma, por ejemplo, en la sentencia de la Corte Constitucional. No. 641, 30 de diciembre de 1987. donde se añade, asimismo, que para la “salvaguarda de los intereses públicos”, el legislador puede “efectuar incluso una **conformación tipológica de la responsabilidad**. Ello ha ocurrido en la materia que se está tratando” (la bastardilla es añadida).

(69) Al respecto, “el camino (...) es quizá largo todavía” y corre paralelamente con “el camino para releer todo el sistema del Código Civil a la luz de la Constitución”. Así se señala en Corte Constitucional. No. 184, 14 de julio de 1986.

(70) Corte Constitucional. No. 641, 30 de diciembre de 1987. No es fácil, al menos a primera vista, conciliar este enunciado (que parecería sobrentender una responsabilidad de naturaleza genuinamente subjetiva, a ser valorada caso por caso) con el referido supra en la nota 68 (anclado, explícitamente, en una “conformación tipológica de la responsabilidad”).

(71) Corte Constitucional. No. 184, 14 de julio de 1986.

libremente de su propia libertad sexual⁽⁷²⁾, y a la reedición del viejo *ius in corpus* de la “dogmática lúdica” bajo la renovada vestidura “constitucional” del “derecho recíproco de cada cónyuge a tener relaciones sexuales con el otro⁽⁷³⁾”, para arribar, al final, a acuñar -siempre sobre la base de la fuente inagotable del artículo 2 de la Constitución- el derecho del “anciano” aspirante a profesor universitario a no ver humillado “su trabajo oscuro y solitario de décadas, incluso compuesto por estudios realizados con miras a un reconocimiento oficial⁽⁷⁴⁾”. ¿Y el daño? El daño aquí es “presunto”, y se resuelve *tout court* en la lesión al valor de libertad o de dignidad individual considerado según cada caso. “Tales lesiones -afirma, con tono apodíctico, la Corte Constitucional- tienen importancia autónoma, ya sea con respecto a los sufrimientos y a las perturbaciones psíquicas (...), ya sea con respecto a los eventuales daños patrimoniales: y su reparación es imperiosa, porque dichos valores, justamente, son objeto de una protección constitucional directa⁽⁷⁵⁾”.

El peligro de aluviones jamás fue tan real como ahora, ante la presencia de afirmaciones tan apodícticas.

12 La tendencia a no distinguir entre instrumentos resarcitorios y mecanismos de seguridad social.

Con la segunda de las tendencias de desarrollo deformado se pasa del peligro de los aluviones al peligro de los desbordamientos.

No está de más recordar que el principio constitucional de solidaridad ha sido usualmente

invocado en la doctrina para corroborar, desde la óptica de una “consideración primaria de la posición del damnificado⁽⁷⁶⁾”, soluciones interpretativas que “a pesar de no reducir la responsabilidad civil a una cuestión de justicia distributiva, permitan tener presente como fundamental este aspecto⁽⁷⁷⁾”. Y se nos ha incitado a destacar que “el momento en que se manifiesta más nítidamente la propensión a elaborar y orientar el modelo de la responsabilidad civil hacia la protección de los damnificados es el que coincide con el incisivo resalte del interés social en la seguridad general⁽⁷⁸⁾”.

Sin embargo, no se ha dejado de precisar que dichos aspectos de coincidencia no podrían justificar, de ningún modo, la atribución a la responsabilidad civil de funciones de seguridad social propiamente dichas, “que la Constitución no asigna a la solidaridad individual, sino a la solidaridad colectiva, organizada en las instituciones del estado social⁽⁷⁹⁾”. Y la Corte Constitucional, en 1981, al pronunciarse por la no ilegitimidad de las limitaciones previstas por el artículo 21 de la ley sobre el “seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de circulación de vehículos a motor y embarcaciones” (Ley No. 990 del 24 de diciembre de 1969) en materia de resarcimiento debido por el Fondo de garantía en caso de accidente ocasionado por vehículo o embarcación no identificado, tuvo oportunidad de aclarar que la prestación del Fondo de garantía “excede el esquema típico de la responsabilidad aquiliana”, teniendo más bien “la naturaleza de una indemnización, que responde mejor a los principios de solidaridad⁽⁸⁰⁾”.

(72) Así señala, en efecto, la Corte Constitucional. No. 561, 18 de diciembre de 1987. En: *Giurisprudenza Costituzionale*. 1987. p. 3542: “(s)e debe considerar inspirada en análogos principios la protección resarcitoria de la libertad sexual, en virtud de que la misma se ubica entre los derechos inviolables garantizados por el artículo 2 de la Constitución”.

(73) Según Casación del 11 de noviembre de 1986. No. 6607. En: *Giustizia Civile*. I. 1988. pp. 3031 y ss., dicho derecho, “en cuanto derecho de la persona, en un aspecto de su ser y desenvolvimiento en la familia, debe ser equiparado con el derecho a la salud. Y al igual que este derecho, cuando es lesionado por hecho doloso o culposo de un tercero que lo haya suprimido, causando imposibilidad al otro cónyuge para las relaciones sexuales, es siempre resarcible: y se trata de un daño que no es ni patrimonial ni no patrimonial, sino una aminoración del modo de ser y de desenvolverse de la persona, y en este aspecto, de por sí, y de tal modo, reparable”. La referencia histórica es al clásico librito de Filippo VASSALLI. *Del “jus in corpus”, del “debitum” coniugale e della servitù d’amore*, es decir, *La dogmatica ludicra*. Roma, 1944. Adición de traductor: en castellano, la Academia reconoce “lúdrico” como mero sinónimo de “lúdico” (“perteneciente o relativo al juego”). En italiano vale más por “juego malicioso”, y es de esta interpretación que Filippo VASSALLI se sirvió para reflexionar sobre la naturaleza jurídica del derecho del marido sobre el cuerpo de la esposa.

(74) Para este singular episodio judicial, ver sentencia del Tribunal de Roma, 20 de marzo de 1987. En: *Il Foro Italiano*. I. 1987. cc. 2855 y ss. En los fundamentos de la sentencia romana vuelve a estar presente la referencia al llamado “daño a la vida de relación”: un tipo de daño que parecía destinado, con el autorizado aval de la Corte Constitucional, a ser absorbido o suplantado por la nueva categoría -más amplia y menos equívoca al mismo tiempo- del “daño a la salud”.

(75) Corte Constitucional. No. 561, 18 de diciembre de 1987.

(76) S. RODOTÀ. *Il problema...*, p. 109. Véase también, R. SCOGNAMIGLIO. *Considerazioni conclusive...*, p. 360.

(77) C. CASTRONOVO. *Problema e sistema...*, p. 141.

(78) Así se expresa S. RODOTÀ. *Modelli e funzioni*. Op. cit.; pp. 598 y ss.

(79) Esta oportuna precisión es de C. SALVI. *Il danno extracontrattuale...*, p. 156.

(80) Corte Constitucional. No. 202, 29 de diciembre de 1981. En: *Il Foro Italiano*. I. 1982. cc. 1 y ss.

Sorprende y preocupa, por lo tanto, el *revirement* de la Corte Constitucional, que mediante la citada sentencia No. 569 de 1987 ha declarado la ilegitimidad de la norma que acabamos de mencionar, limitándose a “confirmar” (¿?) “que el carácter solidarista (...) no descarta ni limita, en modo alguno, la naturaleza resarcitoria, y ya no indemnizatoria, de la prestación garantizada por la intervención del Fondo⁽⁸¹⁾”.

La afirmación de una tendencia a no distinguir entre instrumentos resarcitorios y mecanismos de seguridad social podría tener efectos revolucionarios en la regulación de los accidentes de tránsito, con los cuales se transformaría el actual sistema de seguro obligatorio de la responsabilidad civil automovilística, fundado en la “combinación” de reglas privatísticas de seguros de la responsabilidad civil y de reglas publicísticas de seguridad social⁽⁸²⁾, en un régimen “ecléctico”, proclive a fusionar tales reglas, que la doctrina continúa considerando, a pesar de todo, como expresión de modelos conceptualmente y operativamente bien distintos, si no es que radicalmente alternativos, inclusive⁽⁸³⁾.

Por otro lado, la declarada ilegitimidad constitucional de toda limitación que se imponga a las prestaciones del Fondo de garantía, de conformidad con el criterio del “mínimo existencial” deducible del artículo 38 de la Constitución^(c), y la consiguiente atribución a dicho ente del deber de resarcir el daño “en toda su extensión, incluido el daño a la vida de relación⁽⁸⁴⁾”, son elementos novedosos que podrían reflejarse negativamente en el futuro de la regulación *de qua*, desincentivando *de iure condendo* la

introducción de una modificación legislativa -ya repetidamente propuesta- encaminada a transformar el Fondo de garantía en un instrumento general de indemnización de los daños a la persona que no pueden atribuirse a responsabilidades ajenas, sin excluir los daños sufridos por el conductor responsable del accidente⁽⁸⁵⁾.

En fin, la propuesta de inserción de las prestaciones del Fondo de garantía en el esquema de la responsabilidad civil comportaría una grave mutilación estructural de dicho esquema, institucionalmente caracterizado por la bilateralidad de la relación obligatoria entre dañador y damnificado⁽⁸⁶⁾. No es casual que la Corte Constitucional, en la sentencia No. 202 de 1981, haya arribado a una conclusión opuesta, partiendo, precisamente, del dato -considerado impeditivo de una inserción semejante- de la “falta de identificación del responsable⁽⁸⁷⁾”.

13 El empleo irregular de la institución de la responsabilidad civil para la solución de problemas de Derecho Público.

La ruptura de la bilateralidad de la relación que nace del hecho ilícito entre dañador y damnificado es una de las características saltantes, y claramente irregulares del régimen dictado por el ya recordado artículo 18 de la Ley No. 349 de 1986, sobre el resarcimiento del daño ambiental. En efecto, el legitimado a obrar no es quien prueba haber sufrido un daño. Lo es, más bien, un sujeto predeterminado por la ley (el Estado, y eventualmente otro ente territorial menor), en atención a su naturaleza

(81) Corte Constitucional. No. 560, 18 de diciembre de 1987. En: *Giustizia Civile*. I. 1988, I. pp. 619 y ss. Pero el propósito de asimilar instrumentos resarcitorios y mecanismos de indemnización como modos de “exteriorización de un principio solidarista” emerge, también, con referencia específica al ordenamiento sobre las pensiones a las víctimas de guerra, en la reciente sentencia No. 561 de la Corte Constitucional. Al respecto, v. los apuntes críticos de P. VITUCCI. *Pensione di guerra a Ida e Rosetta*, en *Giurisprudenza Costituzionale*. 1987. pp. 3452-44.

(82) Para detalles adicionales, cfr. F. D. BUSNELLI. *Modelli e tecniche di indennizzo del danno alla persona. L'esperienza italiana a confronto con "la alternativa svedese"*. En: *Jus*, 1986. pp. 237 y ss.

(83) En el sentido de la necesidad de una “opción radical”, véase C. CASTRONOVO. *Alle origini della fuga del codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, en *Jus*, 1985, p. 76.

(c) Nota del traductor: Constitución de la República Italiana (1948): “Artículo 38. Todo ciudadano imposibilitado para el trabajo y desprovisto de los medios necesarios para vivir tiene derecho a la manutención y a la asistencia social.

Los trabajadores tienen derecho a que se prevean y aseguren medios adecuados para sus exigencias de vida en caso de accidente, enfermedad, invalidez y vejez, desocupación involuntaria.

Los imposibilitados y los menores de edad tienen derecho a la educación y a la iniciación profesional.

Proveen a las tareas previstas en este artículo los órganos e instituciones predisuestos o integrados por el Estado.

La asistencia privada es libre”.

(84) Así establece la Corte Constitucional. No. 560, 18 de diciembre de 1987. Aquí también vuelve a aflorar el equivocado concepto de “daño a la vida de relación”. Véase nota 74.

(85) Noticias al respecto, en F. D. BUSNELLI. *Modelli e tecniche...*, pp. 228 y ss., y 238.

(86) Sobre la esencialidad de dicho carácter distintivo insiste C. SALVI. *Il danno extracontrattuale...*, pp. 292 y ss.

(87) Corte Constitucional. No. 202, 29 de diciembre de 1981.

de ente público⁽⁸⁸⁾; y su legitimación activa -precisa la Corte Constitucional- “no está fundada en el hecho de que el mismo haya asumido gastos para reparar el daño o en el hecho de que haya sufrido una pérdida económica, sino en su función de protección de la colectividad (...) y de los intereses en el equilibrio ecológico, biológico y sociológico del territorio⁽⁸⁹⁾”.

Otra desviación estructural del esquema de la responsabilidad civil está vinculada con el daño. La ley se refiere a “un daño contra el estado primordial⁽⁹⁰⁾”, que coincide con el evento del comprometimiento del medio ambiente en cuanto tal. Además, al no ser posible identificar la minoración de una utilidad patrimonialmente apreciable en la esfera del damnificado -a diferencia de lo sostenido con respecto al daño a la salud, para el cual se ha deducido una configuración como daño patrimonial- también viene a menos la posibilidad de configurar un mecanismo resarcitorio propiamente dicho⁽⁹¹⁾. En realidad, la ley prevé dos instrumentos distintos y diversos de la

concepción típica de dicho mecanismo: por un lado, un peculiar modelo reintegratorio (el restablecimiento del estado de la zona, a expensas del responsable: artículo 18, octavo párrafo)^(d), que se asemeja a una suerte de *restitutio in integrum* imperativa, más que a un resarcimiento en forma específica, por haberse eliminado el presupuesto de la iniciativa del damnificado y ante la prescindencia de toda valoración sobre la excesiva onerosidad para el dañador⁽⁹²⁾; y por otro lado, una singular figura de pena privada, cuyo monto es determinado por el juez en vía equitativa sobre la base de la “gravedad de la culpa individual” y del “beneficio obtenido por el trasgresor”, sin perjuicio de que se sume a tales elementos de referencia, cuando resulte imposible el restablecimiento del estado de la zona, el “costo necesario para el restablecimiento” (artículo 18, sexto párrafo), en forma tal de dar vida a una figura híbrida y mixta⁽⁹³⁾, en la cual el aspecto sancionatorio prevalece siempre, nítidamente, sobre el reparatorio⁽⁹⁴⁾.

(88) F. DI GIOVANNI. *Interessi dei privati e forme della tutela ambientale*. En: *Sanità Pubblica*. 1987. pp. 758 y ss.

(89) Corte Constitucional. No. 641, 30 de diciembre de 1987.

(90) La expresión es de C. CASTRONOVO. *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*. 1987. p. 513. Este ensayo forma parte del fascículo No. 3 de 1987, dedicado íntegramente al tema del daño contra el medio ambiente. Otras contribuciones, extraídas del mismo fascículo se citarán en las notas sucesivas.

(91) El resalte es de M. LIBERTINI. *La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi del diritto dell'ambiente*. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*. 1987. p. 587.

(d) Nota del traductor: El artículo 18 de la Ley No. 349 del 8 de julio de 1986 dice lo siguiente:

“Todo hecho doloso o culposo que infrinja disposiciones legales o de resoluciones adoptadas con el amparo de la ley y comprometa el medio ambiente, causando daño a este, alterándolo, deteriorándolo o destruyéndolo en todo o en parte obliga al autor del hecho al resarcimiento frente al Estado.

Para la materia a que se refiere el precedente párrafo 1, la jurisdicción corresponde al juez ordinario, sin perjuicio de la jurisdicción de la *Corte dei Conti*, a la que se refiere el artículo 22 del Decreto del Presidente de la República, No. 3 del 10 de enero de 1957.

La acción de resarcimiento del daño ambiental, aun de ser ejercida en sede penal, es promovida por el Estado, así como por los entes territoriales en que se encuentren los bienes que han sido objeto del hecho lesivo.

Las asociaciones a las que se refiere el precedente artículo 13 y los ciudadanos, para efectos de solicitar el ejercicio de la acción por parte de sujetos legitimados, pueden denunciar los hechos lesivos de bienes ambientales de los que tengan conocimiento.

Las asociaciones individualizadas sobre la base del artículo 13 de la presente Ley pueden intervenir en los juicios por daño ambiental, y recurrir, en sede de jurisdicción administrativa, para la anulación de los actos ilegítimos.

El juez, cuando no sea posible una precisa cuantificación del daño, determina el monto de este en vía equitativa, teniendo en cuenta, siempre, la gravedad de la culpa individual, del costo necesario para el restablecimiento, y del beneficio obtenido por el trasgresor a consecuencia de su comportamiento lesivo de los bienes ambientales.

En los casos de concurso en el mismo evento de daño, cada cual responde dentro de los límites de su propia responsabilidad individual.

El juez, en la sentencia de condena, dispone, de ser posible, el restablecimiento del estado de las zonas, a expensas del responsable.

Para el cobro de los créditos en favor del Estado, resultantes de las sentencias de condena, se aplican las normas referidas en el texto único de las disposiciones de ley relativas al cobro de las entradas patrimoniales del Estado, aprobado mediante Real Decreto n. 639 del 14 de abril de 1910”.

(92) L. BIGLIAZZI-GERI. *A proposito di danno ambientale ex articolo 18 L. 8 luglio 1986 n. 349 e di responsabilità civile*. En: *Politica del Diritto*. 1987. pp. 257 y ss.; de la misma autora, *Quale futuro dell'articolo 18 legge 8 luglio 1986, n. 349?*. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*. 1987. p. 687.

(93) Cfr. P. TRIMARCHI. *La responsabilità civile per danni all'ambiente: prime riflessioni*. En: *Amministrare*. 1987. pp. 195 y ss., quien opina que “autorizar al juez para liquidar la «penalidad» bajo examen sobre la base de criterios tan dispares, y capaces de brindar indicaciones discordantes, significa dejar libre el camino a decisiones de lo más variadas e incontrolables. Op. cit.: p. 196).

(94) Para la demostración de esta premisa, ver: L. BIGLIAZZI-GERI, *L'articolo 18 della legge n. 349 del 1986 in relazione agli artt. 2043 ss. cod. civ.*. En: *Rivista Trib. Appalti*. p. 1157.

Una desviación del esquema de la responsabilidad civil, entendido conforme a la concepción no sancionatoria pacíficamente acreditada en la doctrina (aunque hace poco se haya puesto en duda por parte de la Corte Constitucional), está contenida por el primer párrafo del artículo 18 de la ley citada, el cual, al volver a proponer, casi al pie de la letra, el exordio de la fórmula dictada en el artículo 2043 del Código Civil, sustituye la mención del daño “injusto” por una referencia a la “infracción de disposiciones legales o de resoluciones adoptadas con el amparo de la ley”, con lo cual se confirma el aspecto sancionatorio de la *fattispecie* y se enlaza la misma con un rígido principio de tipicidad y taxatividad⁽⁹⁵⁾.

Aquí no es oportuno evidenciar las lagunas, incongruencias y falta de lógica del ya definido como “mal afamado artículo 18⁽⁹⁶⁾”. Interesa, más bien, destacar que la atribución al Estado de la legitimación para obrar en materia de daño ambiental, la identificación de este daño con el comprometimiento del medio ambiente, la acentuación del aspecto sancionatorio de la *fattispecie* de responsabilidad, así como la adopción de un principio de tipicidad de los hechos -por lo demás, necesariamente dolosos o culposos⁽⁹⁷⁾- generadores de daño ambiental, son, en conjunto, factores que permiten calificar este daño como un daño público⁽⁹⁸⁾, y atribuir naturaleza publicística a la función asignada a la relativa *fattispecie* de responsabilidad civil, que para estos efectos ha sido deformada de su orden estructural, a fin de permitir que

un instrumento de protección de intereses privados se transforme en un medio de protección del interés público.

El producto de esta transformación es semejante a un monstruoso cruce entre categorías del Derecho Público y categorías del Derecho Privado. La disposición del artículo 18 adopta el modelo de hecho ilícito público construido a la medida de la jurisprudencia de la *Corte dei Conti*⁽⁹⁹⁾, pero priva a esta de aquella jurisdicción en materia que era su lógico corolario⁽⁹⁹⁾; confía la jurisdicción al juez ordinario (artículo 18, segundo párrafo), pero priva de legitimación activa (artículo 18, tercer y cuarto párrafos) a los particulares (individuos o grupos) que tengan “interés para obrar” según el artículo 100 del Código Procesal Civil⁽¹⁰⁰⁾.

No cabe dudar que es inconveniente armar un escándalo al respecto, más aun porque la Corte Constitucional ha llegado a declarar infundada la cuestión de legitimidad constitucional del segundo párrafo del artículo 18 de la citada ley. Lo que sí vale la pena es subrayar dos puntos que surgen de la interpretación que la misma Corte Constitucional ha brindado sobre el artículo 18.

a) Dicha disposición no debe entenderse como una regla que absorbe todas las posibles formas de reacción frente al daño ambiental; hay que interpretarla, más bien, como una norma “residual”⁽¹⁰¹⁾, que no impide a los particulares pretender el resarcimiento de los daños sufridos por el deterioro ambiental “en condición de

(95) Para una valoración en buena medida favorable de dicho principio, ver: P. TRIMARCHI. *La responsabilità civile per danni all'ambiente*. Op. cit.; p. 194 y ss; para un juicio netamente negativo, cfr. L. BIGLIAZZI-GERI. *L'articolo 18* ..., p. 1153.

(96) La expresión es de F. DI GIOVANNI. *Interessi dei privat...*, p. 757.

(97) La “extraña decisión del legislador” es evidenciada por E. BRIGANTI. *Considerazioni in tema di danno ambientale e responsabilità oggettiva*. En: *Rassegna di Diritto Civile*. 1987. p. 293. Y Pietro TRIMARCHI. *La responsabilità civile per danni all'ambiente...*, pp. 192 y ss., no evita destacar que “la coexistencia de la nueva ley con las bien conocidas reglas generales de responsabilidad objetiva determinará contradicciones desconcertantes”. En particular, para un resalte de la mala combinación entre la ley de 1962 sobre el uso pacífico de la energía atómica y la ley sobre el daño ambiental y para la -no menos problemática- propuesta de “un uso combinado de los elementos más significativos de las dos regulaciones”, ver: L. BIGLIAZZI-GERI. *La tutela dell'ambiente tra antropocentrismo ed antropomorfismo (dall'ambiente salubre all'ambiente)*. En: *Studi in memoria di Angelo Lener* (en prensa).

(98) Para esta calificación véase, expresamente, G. ALPA. *Pubblico e privato nel danno ambientale*. En: *Contratto e Impresa*, 1987; pp. 669 y ss.

(e) Nota del traductor: El tribunal administrativo de más alto rango en Italia.

(99) Esta “extrañeza” es destacada por P. MADDALENA. *Il danno all'ambiente tra giudice civile e giudice contabile*. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*. 1987. p. 450.

(100) Y este sería un “paso atrás propiamente dicho, con respecto a las tendencias aunque sea tímidamente surgidas en la jurisprudencia en el curso del pasado reciente, en el terreno de los artículos 2043 y 844 del Código Civil”. Tal es el parecer de P. CENDON y P. ZIVIZ. *L'articolo 18 della legge 349/86 nel sistema di responsabilità civile*. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*. 1987. p. 521.

(101) Para esta propuesta interpretativa, v. C. CASTRONOVO. *Il danno all'ambiente...*, p. 519. Según L. BIGLIAZZI-GERI. *L'articolo 18...*, p. 1159) dicho intento de interpretación estaría “destinado a resultados no felices (...) por el obvio motivo de la ausencia de aquella lesión injusta que, descartada sobre la base de la *lex specialis*, no podría volver a surgir a la luz de la *lex generalis*”.

(f) Nota del traductor: Los *usi civici* eran una suerte de servidumbre especial, de origen feudal, en favor de cualquier componente de la comunidad, que permitía cortar leña o pastear ovejas en terrenos de propiedad ajena (privada o pública). Al respecto, v. G. BRANCA. *Istituzioni di diritto privato*. 7a. edición. Al cuidado de G. ALPA. Bologna: Zanichelli, 1992. p. 216.

propietarios, de titulares de derechos de uso y disfrute, de titulares de *usi civici*⁽¹⁰²⁾ o del derecho a la salud^{(102)''}. Por lo demás, la misma Corte Constitucional ha reconocido que “se mantiene, de todas formas, la protección del ciudadano que ha sufrido perjuicio por el daño ambiental^{(103)''}.”

b) La Corte Constitucional se equivoca, en cambio, al afirmar que la *fattispecie* de la responsabilidad dictada en el citado artículo 18 “se inserta correctamente en el ámbito y esquema de la protección aquiliana (artículo 2043 del Código Civil)”, sobre todo cuando se esfuerza en ligar con dicho esquema, mediante una generalización, algunas peculiaridades de dicha *fattispecie* (erradicación del concepto de daño; acentuación del aspecto sancionatorio; adopción del principio de tipicidad de los ilícitos). Como se ha visto, estas peculiaridades se presentan claramente irregulares, por constituir el resultado un empleo irregular de la maquinaria estructural del artículo 2043 del Código Civil en la solución de un problema de Derecho Público.

14 La calificación como responsabilidad civil de particulares especies de pena privada.

Todavía más distante del esquema del artículo 2043 del Código Civil es la responsabilidad civil de los jueces, prevista en la Ley No. 117 de 1988, luego del voto refrendador de abrogación de los artículos 55, 56 y 74 del Código Procesal Civil.

Ante todo, esta es una responsabilidad que -si se prescinde del caso de “delito cometido por el juez en el ejercicio de sus funciones”: donde se aplican las “normas ordinarias” sobre la responsabilidad civil (artículo 13)- no es válida para vincular al juez dañador, directamente, con aquel que ha sufrido el daño injusto; el juez sólo es afectado en materia de acción de repetición (artículo 8), que es ejercida por el Estado que ha resarcido los daños (artículo 7), y dentro de los límites previstos en el artículo 2^(g).

Aquí, por lo tanto, se registra una ruptura de la bilateralidad de la relación entre dañador y damnificado

(102) F. DI GIOVANNI. *Interessi dei privati...* Op. cit.; p. 759. Y “la protección variada y polimorfa de estos intereses (...) constituye hoy en día, como ha ocurrido en el pasado, el verdadero objeto del problema jurídico del medio ambiente”. Ibid.

(103) Corte Constitucional. No. 641, 30 de diciembre de 1987.

(g) Nota del traductor: Los artículos más importantes de esta Ley No. 117 de 1988 sobre la responsabilidad de los jueces, y que se citan en el texto, son los que siguen:

Artículo 2.- Responsabilidad por dolo o culpa grave.

1. Quien ha sufrido un daño injusto por efecto de un comportamiento, de un acto, o de una resolución del juez, realizados con dolo o culpa grave y en el ejercicio de las funciones judiciales, o por efecto de una denegación de justicia, puede actuar contra el Estado para obtener el resarcimiento de los daños patrimoniales, y también de los no patrimoniales, que deriven de la privación de la libertad personal.

2. En el ejercicio de las funciones judiciales, no puede dar lugar a responsabilidad la actividad de interpretación de normas de derecho, ni tampoco la actividad de evaluación de los hechos y de las pruebas.

3. Constituyen culpa grave:

A) La grave violación de la ley, determinada por negligencia inexcusable.

B) La afirmación, determinada por negligencia inexcusable, de un hecho cuya existencia es descartada, incuestionablemente, mediante los actos del proceso.

C) La negación, determinada por negligencia inexcusable, de un hecho cuya existencia fluye, incuestionablemente, de los actos del proceso;

D) La emisión de una resolución relativa a la libertad de la persona, fuera de los casos permitidos por la ley, o sin motivación.

Artículo 7.- Acción de repetición.

1. El Estado ejerce, dentro de un año a partir de la concesión del resarcimiento (...), la acción de repetición contra el juez (...).

Artículo 8.- Competencia para la acción de repetición y monto de ésta.

1. La acción de repetición debe ser promovida por el Presidente del Consejo de Ministros.

(...).

3. El monto de la repetición no puede superar una cantidad igual al tercio de un estipendio anual, efectuadas las deducciones tributarias, percibido por el juez al momento en que se propuso la acción de resarcimiento, aun cuando del hecho se hubieren derivado daños a varias personas, y éstas hubieran actuado con distintas acciones de responsabilidad. Tal límite no se aplica al hecho cometido con dolo. (...).

Artículo 13. Responsabilidad civil por hechos que constituyen delito.

1. Quien ha sufrido un daño a consecuencia de un hecho constitutivo de delito, cometido por el juez en el ejercicio de sus funciones, tiene derecho a ser resarcido frente al juez y al Estado. En tal caso, la acción civil para el resarcimiento del daño, y el ejercicio de la misma, incluso frente al Estado, como civilmente responsable, son reguladas por las normas ordinarias.

2. Igualmente, se procede a la acción de regreso del Estado, cuando resulte obligado al resarcimiento frente al damnificado, según las normas ordinarias relativas a la responsabilidad de los dependientes públicos”.

en el plano de la legitimación pasiva: una ruptura que podría generar cierta duda con respecto a su compatibilidad con la disposición, por lo demás enigmática, del artículo 28 de la Constitución⁽¹⁰⁴⁾, si se quiere identificar en ella el indicio revelador de un “proceso de personalización” del agente “en carne y hueso”⁽¹⁰⁵⁾, y si se pretende compartir la interpretación de la Corte Constitucional, según la cual el artículo 28 “no sólo tiene como objeto la actividad de las autoridades administrativas, sino también de las judiciales⁽¹⁰⁶⁾”.

Dicha ruptura es compensada, además, con una responsabilidad civil del Estado según las “normas ordinarias”. En efecto, la Ley No. 117 ha desatendido la reciente tendencia jurisprudencial que, alejándose del principio dictado por las Salas reunidas de la Corte de Casación, de que la responsabilidad del Estado por los hechos ilícitos del juez sólo puede presentarse dentro de los límites establecidos para este último⁽¹⁰⁷⁾, había comenzado a admitir -justamente en materia de responsabilidad civil de los jueces- que “la dicción literal del artículo 28 de la Constitución, a tenor de la cual cuando el funcionario responde de la lesión de un derecho, la responsabilidad **se extiende** al ente público, no es obstáculo para reconocer la responsabilidad de ésta, incluso si la responsabilidad del funcionario, de cuya intervención aquel está llamado a responder, es limitada⁽¹⁰⁸⁾”. Al desoír esta tendencia -que a lo mejor habría podido brindar un instrumento adecuado “para satisfacer la exigencia de una protección plena del derecho al resarcimiento del daño injusto causado por

el ejercicio de la actividad judicial⁽¹⁰⁹⁾”, y al consagrar normativamente el principio contrario, dictado por las Salas reunidas, el legislador ha ideado una *fattispecie* especial de responsabilidad civil, inspirada en un principio de tipicidad de los hechos ilícitos y caracterizada por un elemento subjetivo calificado del agente (dolo o culpa grave), con lo cual se evidencia la naturaleza sancionatoria de dicha *fattispecie*, y su función esencialmente preventivo-punitiva.

Estas características formativas son confirmadas y reforzadas por el régimen sobre la acción de repetición, cuyo vínculo con el esquema de la responsabilidad genera no pocas dudas.

En realidad, y de acuerdo con los principios que se pueden deducir del sistema normativo, la acción de repetición del Estado frente al funcionario o empleado responsable de un daño injusto debería quedar comprendida en el campo de la responsabilidad administrativa, y debería someterse a la jurisdicción de la *Corte dei Conti*⁽¹¹⁰⁾, la cual -ejerciendo su propio “poder reductivo”- “puede poner a cargo de los responsables todo el daño determinado o parte del mismo” (artículo 19 del D.P.R. No. 3 del 10 de enero de 1957). Por ello, el sometimiento a la jurisdicción del juez ordinario de la acción de repetición del Estado frente al magistrado responsable se ha considerado como una derogación injustificada del principio del juez natural⁽¹¹¹⁾, y como quiera que sea, no idónea para cubrir con vestiduras civilistas un instrumento que no deja de inspirarse en las finalidades (esencialmente sancionatorias) que son típicas de la responsabilidad administrativa.

(104) Como bien se ha destacado, el artículo 28 de la Constitución no es “ni una segura codificación de la normativa existente, ni un claro programa para el futuro (...); es un conjunto de señales distintas, que, por exceso de síntesis, se reduce a emblema, a jeroglífico”. Véase, F. MERUSI. *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'articolo 28 rivisitato*. En: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico. 1986. pp. 46 y ss. Adición del traductor: Constitución de la República Italiana (1948): “Artículo 28.- Los funcionarios y dependientes del Estado y de los entes públicos son directamente responsables, según las leyes penales, civiles y administrativas, por los actos que cumplieren en violación de derechos. En tales casos, la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los entes públicos”.

(105) La expresión es de M. NIGRO. *È ancora attuale la giustizia amministrativa?*. En: Il Foro Italiano. V. 1983. c. 254. Pero se trata de un “proceso oscuro, contrastado: exigencias técnicas y persuasiones tecnológicas empujan en sentido contrario”. Ibid. Y así, el artículo 28 resulta “quizá el precepto menos aplicado de la Constitución: un precepto no tan descuidado por el legislador (...) cuanto olvidado (y yo diría que hasta ‘repudiado’) por la conciencia social” (véase, siempre de M. NIGRO. *Introduzione*. En: *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*. En: Il Foro Amministrativo. 1982. p. 1674.

(106) Corte Constitucional. No. 2, 14 de marzo de 1968. En: *Il Foro Italiano*. I. 1968. c. 585.

(107) Casación. 6 de noviembre de 1975. En: *Giurisprudenza Italiana*. I, 1. 1976. c. 1336.

(108) Casación. No. 1878, 24 de marzo de 1982. En: *Giustizia Civile*. I. 1982. p. 3105; Tribunal de Roma, 29 de septiembre de 1982. En: *Giustizia Civile*. I. 1982. p. 3128.

(109) Este es el parecer de uno de los primeros comentaristas de la ley. Cfr. M. CICALA. *La responsabilità civile del magistrato. Commento alla legge 13 aprile 1988*. No. 117. Roma. 1988. p. 27.

(110) Cfr. P. MADDALENA. *La responsabilità degli amministratori e dipendenti pubblici: rapporti con la responsabilità civile e sue peculiarità*. En: *Il Foro Italiano*. V. 1979. 64.

(111) G. NICOLETTI. *Chi giudica il giudice?*. En: *Il Consiglio di Stato*. 1987. p. 1603. Pero la “naturaleza civil de la acción de repetición, derivada del perfil aquiliano de la acción principal de responsabilidad del Estado, como tal no concebible como acción de responsabilidad administrativa-contable” es vigorosamente defendida en el informe (*Relazione*) del Ministro Vassalli sobre el proyecto de Ley No. 1995 (que figura como apéndice en M. CICALA. *La responsabilità del magistrato...*, p. 127).

A lo sumo, la sustitución de un discrecional “poder reductivo” del juez mediante una previsión normativa rígida sobre el monto de la repetición⁽¹¹²⁾ -la cual “no puede superar una suma igual a un tercio del estipendio anual”- podría inducir a dudar hasta de la naturaleza administrativa de la acción *de qua*, y a formular la hipótesis según la cual se estaría frente “a un juicio sustancialmente disciplinario que habría sido lógico remitir, al menos en lo tocante a los jueces ordinarios, al Consejo Superior de la Magistratura⁽¹¹³⁾”; esta hipótesis parecería estar sustentada por el hecho de que la previsión original -en la “propuesta de ley *Rognoni*”- de una sanción pecuniaria accesoria a la sanción disciplinaria eventualmente irrogada no se repitió en el posterior “proyecto de ley *Vassalli*”, ni en el texto definitivo de la ley.

Estamos, por lo tanto, en presencia de un nuevo parto “monstruoso”. Esta vez se trata de una suerte de monstruo con tres cabezas: la primera lo une con el Derecho Civil, en atención a la jurisdicción del juez ordinario; la segunda, con el Derecho Administrativo, por la configuración tipológica de la acción de repetición; y la tercera, con el campo de las sanciones disciplinarias, dada la medida rígida de la sanción pecuniaria.

Cierto es, de todas formas, que estamos muy lejos del esquema estructural y del diseño funcional de la responsabilidad civil. Para expresar las finalidades *lato sensu* preventivas y punitivas de esta anómala figura de “responsabilidad”, se podría recurrir, quizá, a la noción elástica, y sistemáticamente no comprometedora, de “pena privada”⁽¹¹⁴⁾.

15 Las nuevas tareas de la doctrina.

El masivo asalto a la “ciudadela” de la responsabilidad civil, por parte de un legislador que cree en la posibilidad de prescindir de las contribuciones de la doctrina, y de una Corte Constitucional que cree poder imponer su propia doctrina, exige de los estudiosos -es decir, de la verdadera doctrina- un esfuerzo de “reapropiación” de la materia, desde una renovada y

armónica perspectiva de interacción con el legislador y con los tribunales.

Ya no estamos en la época de las explicaciones sistemáticas de la materia, aferradas a una idea (o a una ideología) de la responsabilidad civil asumida como premisa, y a la cual se tenían que adaptar las normas, a costa de interpretaciones forzadas.

Ahora es tiempo de volver a las normas para extraer de ellas los criterios inspiradores de una interpretación sistemática⁽¹¹⁵⁾, idónea para determinar presupuestos y límites de una conciliación entre apertura a los nuevos problemas y respeto al *ius positum*, y para trazar al mismo tiempo -en aras de la coherencia- las posibles líneas evolutivas del *ius condendum*.

Replanteado en estos términos, el papel de la doctrina no debe considerarse devaluado, ni mucho menos traicionado. Por el contrario: un diseño interpretativo destinado a racionalizar lo existente y a canalizar los desarrollos futuros tiende a ganar en realismo y en énfasis lo que puede perder en pureza ideológica y elegancia descriptiva.

En mi opinión, la elaboración de un diseño interpretativo semejante se compone de los siguientes elementos esenciales: el retorno de la regla general del artículo 2043 del Código Civil a su integridad estructural y a su concisión funcional; la catalogación y reordenamiento de las reglas especiales de responsabilidad, con miras a una armonización conjunta de las mismas; y la rigurosa repartición de funciones entre reglas de responsabilidad civil y otros instrumentos (de Derecho Privado y/o de Derecho Público) para la protección de los intereses fundamentales, individuales y colectivos.

16 La posibilidad de un retorno de la regla general del artículo 2043 del Código Civil a su integridad estructural y concisión funcional.

Recuperar la pureza normativa el artículo 2043 del Código Civil no significa volver a la concepción reductiva y sancionatoria de la responsabilidad civil que

(112) Sobre el riesgo de que una previsión así de rígida pueda “parecer discriminatoria frente a los otros dependientes del estado y de los entes públicos (...) que están, a la par con los jueces, en contacto involuntario con intereses de notable grandeza”, Cfr. V. VIGORITI. *La responsabilità del giudice: che fare?*. En: *Rivista di Diritto Civile*, 1987. p. 327, nota 20.

(113) La hipótesis es propuesta por M. CICALA. *La responsabilità civile del magistrato...* . p. 15.

(114) Cfr. las discrepantes opiniones expresadas en materia de responsabilidad civil y pena privada en la obra colectiva *Le pene private*, al cuidado de F. D. BUSNELLI y G. SCALFI. Milán, 1985. pp. 293 y ss. Y véase la referencia problemática reservada a dicha noción en los fundamentos de Corte Constitucional. No. 184. 14 de julio de 1986.

(115) Para la enunciación de una “precisa indicación metodológica de privilegiar el dato positivo en la definición del sistema”, v. C. SALVI. *Il paradosso della responsabilità civile...* p. 163.

alguna vez se fundó en dicha norma, para adaptarla a una idea preconstituida de la institución; en realidad, significa proyectar la norma hacia el territorio ígneo de la casuística que aún no ha sido tipificada por el legislador, o que no es susceptible de tipificación legislativa, mediante el empleo, para este propósito, de todas las potencialidades expansivas que el invariable nexo estructural entre *culpa e iniuria*, así como el necesario dosaje funcional entre prevención y reparación, permiten desarrollar, y al mismo tiempo, controlar.

El desarrollo y control de dichas potencialidades expansivas se confía a un diálogo entre doctrina y jurisprudencia: la primera está llamada a elaborar las pautas interpretativas y a trazar los confines operativos de una regla general que contenga un principio de atipicidad; la segunda tiene la tarea impostergable de proceder, a tenor de aquellas pautas, y dentro de tales confines, a una obra constante de selección y catalogación de la casuística suministrada por la experiencia.

El trazo de los confines de la regla general del artículo 2043 del Código Civil significa descartar de su ámbito de operatividad todas las categorías de hechos ilícitos en las que falte algún elemento estructural de la regla general de responsabilidad civil, así como todas las formas de protección (en sentido lato) que no se funden en el binomio funcional prevención-reparación.

Desde el primer punto de vista, son de descartar no sólo las diversas *fattispecie* de responsabilidad objetiva -que requieren previsiones normativas precisas-, sino también todos los hechos ilícitos culposos que no tengan vinculación con un daño, entendido como consecuencia perjudicial.

Desde el segundo punto de vista, son de descartar, por un lado, todos los instrumentos reparatorios que excluyen una finalidad preventiva, como las diversas *fattispecie* de responsabilidad objetiva, los instrumentos de solidaridad social, o, siempre en el campo publicístico, las formas de reacción contra el daño público; y por otro lado, todos los instrumentos sancionatorios del hecho ilícito que por excluir una finalidad reparatoria, expresan una función preventivo-punitiva.

Las pautas interpretativas, por su parte, tienen que ver esencialmente con la culpa y la injusticia del daño, consideradas según sus características distintivas y en su estricta interrelación: la culpa es “la forma de calificación jurídica de la diligencia”; la injusticia es “la forma de calificación del daño”⁽¹¹⁶⁾.

La culpa, por lo tanto, no se resuelve en un rígido mecanismo destinado a sancionar el “estado de ánimo reprochable”⁽¹¹⁷⁾ que caracteriza subjetivamente la infracción de un específico deber previsto por una norma consagrada para la protección del derecho subjetivo ajeno; en materia de responsabilidad civil, la culpa deviene expresión de un criterio de evaluación del comportamiento del dañador según el parámetro de la diligencia, el cual que pasa a constituir la verdadera pauta interpretativa de la materia.

La evaluación de la injusticia del daño, a su vez, no tiene por qué medirse necesariamente con el “tradicional concepto de derecho subjetivo, en cuanto categoría calificadora”⁽¹¹⁸⁾, ni con el concepto, más amplio, de



(116) C. MAIORCA. *Culpa civile...*, p. 576.

(117) La expresión es de A. DE CUPIS. *Il danno...*, p. 140.

(118) Casación. No. 2129, 27 de mayo de 1975. En: *Il Foro Italiano*. I. 1976. c. 2902: la cual, a propósito de la protección de la intimidad (a la cual se da finalmente pleno reconocimiento en el sistema italiano), consideraba no ser “maduros los tiempos para considerar superado el tradicional concepto”, sin perjuicio, luego, de reconocer que “no es oportuno dar rígidas descripciones analíticas del derecho a la intimidad, que obstaculizan la necesaria ductilidad de su contenido preciso frente a las exigencias de los ambientes, de las zonas y de los tiempos”.

“situación jurídica relevante”⁽¹¹⁹⁾. En realidad, la reintroducción de categorías típicas que se consideran necesarias para el funcionamiento de un principio normativo de atipicidad, constituye una operación inútil e inoportuna de la doctrina. Es inútil en el plano de la certeza del derecho, porque la experiencia reciente ha confirmado, por si fuera necesario, la extrema facilidad con la que se puede proceder a la individuación de nuevos derechos subjetivos, deduciéndolos, de manera aparentemente incontrastable, de normas constitucionales con inagotable potencialidad creativa⁽¹²⁰⁾: así pues, una semejante tipicidad por categorías terminaría siendo totalmente ilusoria. Es inoportuna en el plano de la conveniencia de la evaluación, porque tiende a volver estática, mediante categorías rígidas y preconstituidas, una evaluación que, en aquellos sectores donde entran en conflicto intereses que, en abstracto, son equivalentemente merecedores de protección, exige ser realizada conforme a criterios comparativos elásticos.

Por lo tanto, para una adecuada evaluación de la injusticia del daño en tales sectores, más que la referencia a categorías típicas, lo que sirve es individualizar pautas interpretativas sobre las cuales apoyar los criterios antes señalados. Y al respecto, las pautas interpretativas son criterios de rango constitucional.

Estos criterios, por su parte, deben lograr expresar el espíritu de equilibrio de los valores fundamentales, que emerge de una lectura global de la Constitución, en lugar de referirse, unilateralmente, a uno u otro de tales valores, que pueden reflejar, más de cerca, la ideología del intérprete.

Dos ejemplos, extraídos de debates recientes, son válidos para aclarar, mejor que cualquier explicación conceptual, cuanto acabamos de señalar.

El primero concierne al tema del llamado “derecho a la identidad personal”⁽¹²¹⁾. Quien cree poder deducir de las pautas constitucionales el criterio según el cual la lesión de dicho derecho merecería protección aquiliana “aun cuando las atribuciones no verídicas sean para mejor, y no para peor, con respecto a la personalidad” del titular respectivo, tiende a reconocer en el artículo 2 de la Constitución un principio de protección “a ultranza” de los derechos del individuo en cuanto tal, que justificaría la remisión de los parámetros de evaluación relativos “a la realidad individual de cada persona”⁽¹²²⁾. Esta es una lectura unilateral del artículo 2, que corre el riesgo de contrastar con una interpretación sistemática, en la cual entren a tallar otros principios constitucionales (comenzando con el artículo 21)^(h): del conjunto de estos principios se puede deducir la pauta interpretativa encaminada a colocar en un grado inferior la protección del individuo específico frente a la protección del periodista, cuando existe utilidad social en la información y en la verdad, aunque sólo sea putativa -por ser fruto del diligente trabajo de investigación- de los hechos expuestos en forma “civilizada”⁽¹²³⁾.

El segundo ejemplo se refiere a lo que hoy se denomina responsabilidad extracontractual “nacida de contrato”⁽¹²⁴⁾: un campo que se cuenta entre los más interesantes para demostrar la persistente vitalidad, y la posibilidad de expansión, de la regla general de responsabilidad por culpa. Ahora bien, negar la ilicitud del comportamiento de quien adquiere de mala fe, pero

(119) Cfr. las observaciones críticas de G. TUCCI. *Il danno ingiusto...*, pp. 57 y ss.

(120) Entre las creaciones jurisprudenciales más recientes pueden recordarse: en primer lugar, la del llamado “derecho a la identidad personal” (culminada en Casación. No. 3769, 22 de junio de 1985.); así como las, de ámbito más circunscrito por no menos significativas para nuestros propósitos, del “derecho recíproco de cada cónyuge a tener relaciones sexuales con el otro” (Casación. No. 6607, 11 de noviembre de 1986.) y del “derecho a disponer libremente de la propia sexualidad” (Corte Constitucional. No. 561, 18 de diciembre de 1987).

(121) Para una síntesis informativa ver B. IANNOLO y G. VERGA. *Il diritto all'identità personale*. En: La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata. II. 1987. pp. 453 y ss. Véase, asimismo, nota 26.

(122) En este sentido, ver V. ZENO-ZENCOVICH. *Onore e reputazione*. Op. cit.; p. 306.

(h) Nota del traductor: Constitución de la República Italiana (1948): “Artículo 21. Todos tienen derecho de manifestar libremente su propio pensamiento mediante la palabra, de forma escrita o con otro medio de difusión. La prensa no puede estar sometida a autorizaciones o censuras (...)”.

(123) Esta pauta interpretativa puede extraerse también de la Casación. No. 5259, 18 de octubre de 1984. En: Il Foro Italiano. I. 1984. cc. 2711 y ss., con nota de R. PARDOLESI: una decisión judicial que también ha procedido a fijar, con tono minuciosamente didáctico, un tan meticuloso cuanto inoportuno “decálogo del periodista” (según la feliz expresión del comentarista), que mueve a pensar -pero sólo según una primera lectura- en “una libertad (minuciosamente) vigilada, a tal punto que se cancelaría una columna tipográfica por el solo hecho de que no resulte útil para la colectividad” (v. siempre R. PARDOLESI. *loc. cit.*).

(124) Véase, recientemente, D. POLETTI. *Dalla lesione del crédito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*. En: *Contratto e Impresa*. 1987. pp. 128 y ss.

válidamente (cfr. artículo 1380 del Código Civil), un bien, de parte de un sujeto que tenía previamente comprometido en venta el mismo bien a otro (que, por lo tanto, resulta lesionado en su propio derecho de crédito), con el argumento de que la infracción de un compromiso anterior “hace que la mercadería termine donde es más útil, con un resultado más eficiente para el sistema económico globalmente considerado⁽¹²⁵⁾”, significa privilegiar una pauta interpretativa de “utilidad social”, que coincide con una absoluta libertad de iniciativa económica (artículo 41 de la Constitución), pero con prescindencia de un balance con la pauta interpretativa de “evaluación ético-social del ejercicio de los derechos⁽¹²⁶⁾”, que es fácil de asociar con el principio de solidaridad establecido en el artículo 2 de la Constitución.

17 La conveniencia de una catalogación y reordenamiento de las reglas especiales de responsabilidad civil.

La catalogación y reordenamiento de las reglas especiales de responsabilidad civil constituye una de las tareas más delicadas y urgentes que toca a la doctrina. En este punto, ella está llamada a una confrontación continua con el legislador -y a menudo, con los documentos normativos internacionales a los que se adapta el legislador-, y a desarrollar un doble papel al respecto, según cada caso: de interpretación o de proposición.

Actualmente la serie de reglas especiales de responsabilidad civil es variada y estratificada: existen reglas de origen napoleónico; reglas que reflejan la primera oleada de industrialización en nuestro país; y existen reglas recientes, y muy recientes, que reflejan los problemas del mundo industrial y post-industrial de hoy.

Por ello resultan descontadas las parciales superposiciones (y los posibles y consiguientes conflictos), así como las alternativas vicisitudes interpretativas de las normas más antiguas, a la hora de su adecuación a una realidad en continuo devenir. Al respecto, es ejemplar la historia del artículo 2049 del Código Civil. Esta nace como una norma excepcional y marginal en el diseño napoleónico; luego se le imponen tareas cada vez más relevantes, de “suplencia”, a la espera de una regulación de la responsabilidad del

productor; una vez concretizada esta regulación, es llamada a retomar su rango, es decir, a cumplir un papel finalmente conforme con su contenido normativo, que no está ligado a una dimensión de excepcionalidad, pero que tampoco expresa un principio general de responsabilidad por riesgo empresarial.

Al menos como tendencia, el elemento común de las distintas reglas especiales es una imputación de la responsabilidad que se aleja en mayor o menor medida del criterio de la culpa, para pasar a criterios, cada vez más nítidos, de responsabilidad objetiva, los cuales expresan, a su vez, finalidades esencialmente (aunque no exclusivamente) reparatorias.

Distintas, y no siempre coherentes (incluso al interior de la misma categoría de reglas), son las técnicas adoptadas por el legislador para individualizar los llamados “criterios de responsabilidad”.

Para una primera aproximación se pueden indicar (por lo menos) cinco categorías de reglas especiales, de distinta formación y época: (i) reglas vinculadas con una situación *lato sensu* de dominio (propiedad, “uso”, “custodia”); (ii) reglas vinculadas con actividades peligrosas, y ligadas con el tema, más amplio, de los daños por accidentes; (iii) reglas vinculadas con los riesgos inherentes a la producción industrial; (iv) reglas vinculadas con específicas actividades de alto riesgo, y ligadas con el tema, más amplio, de las hipótesis de daños catastróficos; y, (v) reglas tendientes a realizar finalidades de derecho público.

En la categoría descrita en (i) se comprenden los artículos 2051, 2052 y 2054 del Código Civil. Estas normas que tienen origen en los artículos 1384 a 1386 del *Code Napoléon*, y de manera gradual han venido revelando su alejamiento del criterio de la culpa, a tal punto que se ha pretendido calificarlas, *sic et simpliciter*, como hipótesis de responsabilidad objetiva, y también a utilizarlas como argumentos en favor de la existencia de un principio normativo de responsabilidad por riesgo de empresa.

Lo cierto, en todo caso, es que en dichas normas - como se hubo de precisar en los trabajos preparatorios del Código Civil italiano vigente- “la carga de la prueba liberatoria tiene como contenido la identificación de la causa no imputable, en forma tal que la causa ignota queda a cargo del tenedor⁽¹²⁷⁾”. Y dado, por otro lado,

(125) Así lo señala P. TRIMARCHI. *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*. En: Rivista di Diritto Civile. I. 1983. p. 223.

(126) Cfr. U. NATOLI. *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano*. En: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. 1958. p. 26, nota 19.

(127) *Relazione al Re Imperatore* sobre el Libro “De las obligaciones”. No. 264.

que no se puede privar de toda relevancia a la conducta diligente de este último⁽¹²⁸⁾, parece que lo más correcto sería atribuir a estas mismas normas la calificación de reglas de responsabilidad “semiobjetiva”.

En (ii) también se puede hablar de responsabilidad semiobjetiva -sobre todo, si se tienen en cuenta las aplicaciones jurisprudenciales- con respecto a las normas de los artículos 2050 y 2054 del Código Civil, cuya fórmula fue extraída, como se sabe, de una disposición de la primera ley italiana sobre la circulación vial, que se remonta a 1912.

La sobrevenida necesidad de adecuar la regulación de los accidentes de tránsito a las directivas comunitarias europeas sobre la asimilación de las legislaciones nacionales ha favorecido la formación y evolución de un modelo “combinado” de indemnización de las víctimas de este tipo de accidentes. En el modelo coexisten un instrumento privatístico, como lo es el seguro de responsabilidad civil, y un instrumento publicístico de seguridad social, que es el ya recordado “Fondo de garantía para las víctimas peatonales”⁽¹²⁹⁾.

Este modelo, indudablemente comprometedor, pero quizá más satisfactorio –y sin duda más realista– que un sistema puro de seguridad social o que un sistema puro de seguro de responsabilidad civil, podría devenir el modelo referencial de toda la categoría de los daños por accidentes⁽¹³⁰⁾, porque es cada vez menor el sentido de la radical diversidad de régimen entre los daños por circulación vial y los daños por accidentes de trabajo,

que hasta ahora son regulados por un arcaico e incierto sistema de seguridad social, acompañado de una residual responsabilidad por culpa del empleador.

De la categoría (iii), se inspiran en un principio de responsabilidad objetiva limitada tanto la regulación de la responsabilidad por producción de cosméticos⁽¹³¹⁾ cuanto aquella, más general, de la responsabilidad por daños por productos defectuosos⁽¹³²⁾; ambas normativas constituyen aplicaciones de Directivas europeas encaminadas a la asimilación de las legislaciones nacionales.

Al dar aplicación a dichas Directivas, el legislador ha seguido un criterio interpretativo que apunta a privilegiar un principio económico de “justa repartición de los riesgos entre el damnificado y el productor”⁽¹³³⁾, con respecto a un principio de solidaridad social destinado a una protección (más) amplia de los consumidores, con lo cual se han desatendiendo los esfuerzos realizados en esta última dirección por una parte consistente de la doctrina italiana reciente. La *ratio* de la decisión se encuentra en la afirmación de que “cuando se plantee, simplemente, una finalidad asegurativa, esta se realiza de modo más eficaz y menos costoso mediante seguros contra los daños, y no mediante las complicaciones de la responsabilidad civil”⁽¹³⁴⁾. Esta es una solución que a veces puede resultar “bastante dura para los damnificados, más aun porque no se puede contar tanto en la autoprotección del particular por medio de un seguro”⁽¹³⁵⁾, especialmente

(128) En efecto, la prueba de la conducta diligente del “tenedor”, si no es suficiente de por sí para producir el efecto liberatorio, podría aportar un preciso elemento de presunción (*ex* artículo 2729 del Código Civil), apto para identificar una causa extraña, si bien no individualizada en sus concretas finalidades. Este, por otro lado, es el criterio acogido, en un caso de incendio, por la Corte de Casación, cuando confirma una sentencia de los jueces de las instancias inferiores que, excluida toda negligencia del propietario en la “custodia” del predio, habrían “identificado, por vía presuntiva, la causa del siniestro en la acción de algún imprudente, y por lo tanto en el hecho de un tercero” (Casación. No. 2897, 7 de agosto de 1954. En: *Giurisprudenza Italiana*. I, I. 1955. c. 86).

(129) Véase, *infra* 12.

(130) Cfr. G. PONZANELLI. *Verso un diritto europeo della responsabilità civile*. En: *Rivista Critica di Diritto Privato*. 1987. pp. 20 y ss.

(131) Sobre la Ley No. 713 del 11 de octubre de 1986 (que da finalmente aplicación a la directiva del Consejo Europeo del 27 de julio de 1976) ver el comentario de G. PONZANELLI. *Appunti civilistici in merito alla L. 11 ottobre 1986, n. 713 sulla produzione la vendita dei cosmetici*. En: *Le Nuove Leggi Civili Commentate*. 1987. pp. 79 y ss. La ley examinada -advierte el comentarista citado- constituye “la primera piedra de un régimen legislativo necesariamente más amplio” destinado a ser completado por la (y coordinado por la) regulación general de la responsabilidad por productos defectuosos (G. PONZANELLI, *Appunti*..., p. 82).

(132) Sobre el D.P.R. No. 224 del 24 de mayo de 1988 (que da oportuna aplicación a la directiva del Consejo Europeo del 25 de julio de 1985), véase el comentario de G. PONZANELLI. En: *Il Corriere Giuridico*. 1988. pp. 795 y ss., con editorial de G. ALPA, en la misma revista, pp. 751 y ss.; y el comentario, actualmente en prensa, en *Le Nuove Leggi Civili Commentate*. 1988, al cuidado de R. PARDOLESI y G. PONZANELLI. Sobre la directiva comunitaria, ver F. GALGANO. *Responsabilità del produttore*. En: *Contratto e Impresa*. 1986. pp. 995 y ss.; G. ALPA. *L'attuazione della direttiva comunitaria sulla responsabilità del fabbricante. Problemi di terminologia e scelte legislative*. En: *Rivista delle Società*. 1987. pp. 867 y ss.; y sobre todo, P. TRIMARCHI. *La responsabilità del fabbricante nella direttiva comunitaria*. En: *Rivista delle Società*. 1986. pp. 594 y ss. (quien, siendo el autor que se desempeñó como presidente de la comisión gubernamental para la redacción del proyecto de decreto legislativo, asume valor también como documento encaminado a aclarar “la intención del legislador”).

(133) Así se expresa, en una de las “consideraciones” que integran la premisa, la Directiva del Consejo Europeo, del 25 de julio de 1985.

(134) P. TRIMARCHI. *La responsabilità del fabbricante* ..., p. 601.

(135) El resalte, específicamente referido a los riesgos por desarrollo, es de U. CARNEVALI. *La responsabilità del produttore*..., p. 230.

en el sector de los daños por productos farmacéuticos. Y quizá sea algo apresurado concluir que “si se entiende, de manera paternalista, que no se puede contar con el espíritu de previsión de los potenciales damnificados, el remedio coherente e inmediato parezca ser el de la previsión social⁽¹³⁶⁾”.

En la categoría (iv) un principio de responsabilidad absoluta caracteriza las reglas especiales que encuentran su modelo más significativo en la regulación de los daños derivados de la explotación de plantas nucleares (Ley No. 1860 del 31 de diciembre de 1962). Aquí una responsabilidad objetiva, prevista en forma particularmente rigurosa (el operador de la planta es responsable de todos los daños causados por accidentes nucleares, salvo que éstos sean atribuibles a “actos de conflicto armado” o a “cataclismo natural de carácter ocasional”: artículo 15), se corresponde con un principio de limitación cuantitativa del resarcimiento (artículo 19). Para la protección de los damnificados se impone a los administradores de la planta el deber de contar con un seguro; y si el importe de los daños no es cubierto en su totalidad, el resarcimiento por la parte excedente corre por cuenta del Estado, sobre el cual pesa, asimismo, la carga de un “Fondo para asegurar una equitativa indemnización a las personas damnificadas por accidentes nucleares, en las que el daño se manifieste luego de diez años contados a partir del siniestro” (artículo 24).

De ello resulta un complejo sistema de protección social, que añade al principio de la responsabilidad civil del dañador el principio de la garantía colectiva: una garantía que aquí es puesta a cargo, ya no de específicas categorías de particulares, sino de la entera colectividad nacional.

En la categoría (v) el prototipo de estas reglas está constituido por la disposición del artículo 18 de la Ley No. 349 de 1986. El problema mayor -que apenas si ha sido examinado en doctrina- será el de coordinar con las reglas reseñadas hasta este punto una disposición que discrepa radicalmente de ellas, comenzando por el criterio de imputación de la responsabilidad. La pauta más segura, al respecto, parece ser la que se funda en el carácter “residual” de aquella disposición, que opera más sobre el ámbito del derecho público, que en el del derecho privado.

18 La necesidad de una rigurosa distinción de papeles entre la responsabilidad civil y otros instrumentos de protección de los intereses lesionados.

Un riguroso reparto de papeles entre la responsabilidad civil y otros instrumentos de protección de los intereses lesionados es importante no sólo por elementales razones de rigor conceptual, sino también para no limitarnos a una perspectiva de equívoca indistinción entre la reacción contra el hecho ilícito y la responsabilidad civil, que son instrumentos bien distintos el uno del otro.

Piénsese, en particular, en la necesidad de distinguir la protección aquiliana de la protección inhibitoria, que debería aconsejarse cada vez más -no sólo en el plano equitativo, sino también en adhesión a los principios constitucionales- como forma de protección privilegiada de los “derechos inviolables del ser humano”, con referencia a todas las manifestaciones de la personalidad humana jurídicamente relevantes, y en particular, a aquellas que difícilmente pueden lograr adecuada protección con el remedio aquiliano, correctamente entendido.

Piénsese, por otro lado, en la conveniencia de poner orden en la multiforme serie de sanciones civiles punitivas convencionalmente asimilables a la genérica categoría de las penas privadas: una categoría que puede tener una perdurable utilidad, especialmente en el sector -una vez más- de la protección de los “derechos inviolables del ser humano”, siempre que se la distinga, en el aspecto estructural y funcional, de la protección aquiliana derivada de la regla general de responsabilidad civil, evitando las impropiedades y equívocos que anidan (no del todo inconscientemente, quizá) en la reciente ley sobre la llamada “responsabilidad civil de los jueces”.

19 En busca de un equilibrado orden sistemático de la responsabilidad civil.

Recientemente, alguien ha llegado a profetizar la muerte de la responsabilidad civil. En Italia, el momento actual induciría, por el contrario, a lanzar una profecía de vitalidad exorbitante, casi de reunión de los fragmentos del viejo Derecho Privado en el prisma omnicompreensivo de la responsabilidad civil.

(136) P. TRIMARCHI. *La responsabilità del fabbricante...*, p. 601. Una idea intermedia, propuesta por la doctrina alemana (ver, especialmente, S. SIMITIS. *Soll die Haftung des Produzenten gegenüber der Verbraucher durch Gesetz, Kann sie durch richterliche Fortbildung geordnet werden? In welchem Sinne?*. En: Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag. München, 1968. c. 81 y ss.) es la de constituir un fondo especial, sustentado por las contribuciones de los fabricantes de cada ramo particular, y dirigido a asegurar, al menos parcialmente, una indemnización para el consumidor que ha sufrido un daño atribuible a un riesgo de desarrollo.

Con todo, ambas profecías son parejamente sintomáticas de crisis: crisis de la responsabilidad civil (por defecto o exceso de vitalidad, según el caso), e inevitablemente, crisis del Derecho Privado (de un derecho privado mutilado de la responsabilidad civil, o enteramente asimilado a ella, según el caso).

Es deseable que ninguna de las dos profecías se haga realidad. Ésta es la dirección en que ahora debe moverse la doctrina: en busca de un equilibrado orden sistemático de la responsabilidad civil. Ello no significa una vuelta a los antiguos equilibrios que señalaron el inicio la parábola de la responsabilidad civil; en realidad, impone nuevos equilibrios: entre regla general y normas especiales de responsabilidad civil; entre protección resarcitoria y otras formas de protección de los valores fundamentales de la persona; entre responsabilidad civil y seguridad social; entre Derecho Privado y Derecho Público.

La historia de la responsabilidad civil no es, pues, un círculo que se cierra; es más bien una parábola que se ubica sobre una línea trazada hacia el infinito.

20 Apéndice normativo: Código Civil italiano de 1942. Libro IV: De las obligaciones. Título IX: De los hechos ilícitos.

2043. *Resarcimiento por hecho ilícito.*- Todo hecho doloso o culposo que causa a otro un daño injusto obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño.

2044. *Legítima defensa.*- No es responsable aquel que ocasiona el daño en legítima defensa de sí mismo o de otro.

2045. *Estado de necesidad.*- Cuando aquel que ha cometido el hecho dañoso ha actuado constreñido por la necesidad de salvar a sí mismo o a otro del peligro actual de un daño grave a la persona, y el peligro no ha sido causado voluntariamente por él, ni ha sido evitable de otra manera, se debe una indemnización al damnificado, cuya medida es remitida a la apreciación equitativa del juez.

2046. *Imputabilidad del hecho dañoso.*- No responde de las consecuencias del hecho dañoso quien no tenía capacidad de entender o de querer al momento de la comisión del hecho, a menos que el estado de incapacidad haya derivado de su propia culpa.

2047. *Daño ocasionado por el incapaz.*- En caso de daño ocasionado por persona incapaz de entender o de querer, el resarcimiento es debido por aquel que estaba obligado a la supervisión del incapaz, salvo que demuestre que no pudo impedir el hecho.

En caso de que el damnificado no haya podido obtener el resarcimiento de quien estaba obligado a tal

vigilancia, el juez, en consideración de las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización equitativa.

2048. *Responsabilidad de los padres, tutores, preceptores y maestros de arte.*- El padre y la madre, o el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de sus hijos menores no emancipados, o de las personas sujetas a la tutela, que cohabitan con ellos. La misma disposición se aplica a las entidades de afiliación.

Los preceptores y los que enseñan un oficio o un arte son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de sus pupilos y aprendices durante el tiempo en que éstos se encuentren bajo su vigilancia.

Las personas indicadas en los párrafos precedentes quedan libres de responsabilidad solamente si prueban que no pudieron impedir el hecho.

2049. *Responsabilidad de los patronos y comitentes.*- Los patronos y comitentes son responsables de los daños causados por el hecho ilícito de sus domésticos y encargados en el ejercicio de las actividades han sido delegadas a éstos.

2050. *Responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas.*- Todo aquel que causa daño a otro en el desenvolvimiento de una actividad peligrosa, por la naturaleza de la misma o de los medios empleados, está obligado al resarcimiento, a menos que pruebe que adoptó todas las medidas idóneas para evitar el daño.

2051. *Daño ocasionado por cosa bajo custodia.*- Cada quien es responsable del daño ocasionado por las cosas que tiene bajo su custodia, salvo que se pruebe el caso fortuito.

2052. *Daño ocasionado por animales.*- El propietario de un animal, o el que se sirve de éste, por el tiempo que haga uso del mismo, es responsable de los daños ocasionados por el animal, ya sea que éste se encuentre bajo su custodia, o aun si éste se hubiera perdido o escapado, a no ser que pruebe el caso fortuito.

2053. *Caída de edificios.*- El propietario de un edificio o de otra construcción es responsable de los daños ocasionados por la caída de ellos, a menos que pruebe que el hecho no se ha debido a un defecto de manutención o a un vicio en la construcción.

2054. *Circulación de vehículos.*- El conductor de un vehículo que no se desplace sobre rieles está obligado a resarcir el daño producido a personas o a cosas por la circulación del vehículo, a no ser que pruebe que hizo todo lo posible para evitar el daño.

En el caso de colisión entre vehículos, se presume, salvo prueba en contrario, que cada uno de los conductores ha concurrido igualmente en la producción del daño sufrido por los distintos vehículos.

El propietario del vehículo o, en su caso, el usufructuario o adquirente con pacto de reserva de propiedad es solidariamente responsable con el conductor si no prueba que la circulación del vehículo ha tenido lugar contra su voluntad.

En todos los casos, las personas referidas en los párrafos precedentes son responsables de los daños derivados de vicios de construcción o de defecto de mantenimiento del vehículo.

2055. *Responsabilidad solidaria.*- Si el hecho dañoso es imputable a varias personas, todas están obligadas, solidariamente, al resarcimiento del daño.

Aquel que ha resarcido el daño puede repetir contra cualquiera de los demás obligados, según la medida determinada por la gravedad de la respectiva culpa o por la dimensión de las consecuencias que se han derivado.

En la duda, las culpas individuales se presumen iguales.

2056. *Valoración de los daños.*- El resarcimiento debido al damnificado se debe determinar de acuerdo

con las disposiciones de los artículos 1223, 1226 y 1227.

El lucro cesante es valorizado por el juez con apreciación equitativa de las circunstancias del caso.

2057. *Daños permanentes.*- Cuando el daño a las personas tiene carácter permanente, la liquidación puede ser realizada por el juez, en consideración de las condiciones de las partes y la naturaleza del daño, bajo la forma de una renta vitalicia. En tal caso, el juez dispone las medidas oportunas.

2058. *Resarcimiento en forma específica.*- El damnificado puede demandar la reintegración en forma específica, siempre que la misma fuera posible, en todo o en parte.

Sin embargo, el juez puede disponer que el resarcimiento sólo tenga lugar por el equivalente, si la reintegración en forma específica resulta excesivamente onerosa para el deudor.

2059. *Daños no patrimoniales.*- El daño no patrimonial debe resarcirse sólo en los casos determinados por la ley. ㄸ